L'attribution des marchés publics

Patricia Blanc, Marc Desportes

▶ **To cite this version:**

Patricia Blanc, Marc Desportes. L'attribution des marchés publics. Sciences de l'Homme et Société. 1997. hal-01908524

HAL Id: hal-01908524

https://minesparis-psl.hal.science/hal-01908524

Submitted on 30 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DES MINES
DE PARIS
Corps Techniques de l'État

L'attribution des marchés publics :

Peut-on s'inspirer de modèles étrangers ?

BIBLIOTHÈQUE
DE L'ÉCOLE DES MINES
60, boulevard St-Michel
75272 PARIS CEDEX 06
Téléphone : 40 51 90 56
[E 1 [351]

Patricia BLANC et Marc-Henri DESPORTES

Mémoire de fin d'études 1996-1997

REMERCIEMENTS

Ce mémoire a été réalisé dans le cadre du cycle de formation des corps techniques de l'État à l'École des Mines de Paris, en liaison avec la Fédération Nationale des Travaux Publics.

Nous tenons à remercier vivement toutes les personnes qui ont eu l'amabilité de nous recevoir au cours de la préparation de ce travail et de nourrir notre réflexion de leurs analyses et témoignages.

Nous sommes particulièrement reconnaissants à Mme GAUTHIER de nous avoir guidés tout au long de notre travail, et à Mme DEVILDER, MM. LAMOURE, DUPONT, ROUDE et BORNHAUSER de leurs conseils utiles et de nous avoir permis de réaliser notre mission aux États-Unis. Nous tenons aussi à remercier M. PAVILLET sans qui cette mission n'aurait pu réussir.

Nous exprimons également notre gratitude à tous ceux qui ont suivi de près notre travail et qui nous ont grandement aidés, par leurs notes et recommandations : Mme BOYER, MM. FELIX, RAMPA, TERNEYRE et VIGNON.

RÉSUMÉ

Les marchés publics et le BTP sont aujourd'hui indissociablement liés dans l'esprit des citoyens français aux "affaires". Interrogés, les acheteurs publics évoquent les risques judiciaires et le sentiment de ne plus rien contrôler ; quant aux professionnels, ils parlent spontanément de la crise et du naufrage de leur profession.

Il est évident que les anciennes relations "à l'amiable" entre l'acheteur public et les entreprises ont disparu sous l'effet de la double intrusion du politique et du juridisme au cours des dernières années. Le résultat a été un blocage de l'acheteur public sur le seul critère de choix du moins disant, ce qui a poussé les entreprises, en pleine crise, sur la spirale suicidaire de la guerre des prix et des comportements anticoncurrentiels, qui éloignent de plus en plus les coûts définitifs des ouvrages des prix d'attribution.

Dans le cadre de la réforme du code des marchés publics, la vaste concertation menée a fait émerger des idées qui pourraient contribuer à éviter que la généralisation des pratiques dévoyées n'écarte les entreprises compétentes, au détriment, dans un premier temps, de la qualité des ouvrages, et finalement des prix.

Mais un nouveau code ne pourra résoudre les problèmes les plus graves, qui ont leurs racines dans les habitudes qu'ont prises maîtres d'ouvrage publics et entreprises. On ne pourra progresser qu'en redéfinissant clairement les rôles et attributions de chacun, en s'inspirant de ce qui se fait dans d'autres pays. Cela pourrait se faire par le renforcement du rôle de deux acteurs, qui, en endossant une partie des lourdes responsabilités que beaucoup d'acheteurs publics ne parviennent plus à assumer, pourraient jouer un rôle d'arbitre :

- d'une part des cabinets d'ingénierie indépendants, qui permettraient une meilleure préparation des cahiers des charges et un meilleur suivi des chantiers.

- d'autre part les assureurs, qui par le jeu de garanties de bonne fin à l'américaine, pourraient rétablir une logique économique dans l'attribution des marchés, et constituer un barrage à la dérive des coûts en cours de chantier.

Ces évolutions ne doivent cependant pas remettre en cause les spécificités et les atouts des pratiques françaises.

SOMMAIRE

INTRODUCTION 1

I. La commande publique en France : caractéristiques et impact sur le secteur de la construction 2

I.A. Les textes et la pratique des acheteurs publics 2

I.A.1. Le code des marchés publics 2
a. Comment définit-on un marché public ? 2
b. Structure du code des marchés publics. 2
c. Les objectifs du code des marchés publics. 3
d. Procédures de passation des marchés dans le code 3

I.A.2. Les enjeux économiques des marchés publics 6

I.A.3. Les pratiques des acheteurs publics 7
a. Le choix du moins-disant dans un climat de suspicion aiguë 7
a. Les pressions exercées sur l'acheteur public 7
b. La difficile définition du mieux-disant 8
b. Les problèmes de qualité de la commande publique 10
a. La préparation et le suivi technique des contrats: rôle de la maîtrise d'oeuvre 10
b. Des commandes trop irrégulières 11
c. Le contrôle a posteriori de l'exécution des marchés semble insuffisant 12
d. Des garanties insuffisantes ou peu utilisées 13
c. Les problèmes de l'accès des PME aux marchés publics 14
a. L'accès direct aux marchés 14
b. Le statut de la sous-traitance et le paiement direct 15
d. Les problèmes judiciaires 16
e. De "nouvelles formes de marchés" pour répondre aux problèmes de financement 18

I.B. Caractéristiques du marché français de la construction 20

I.B.1. Un élément majeur de l'économie nationale 20
I.B.2. Des entreprises de toutes tailles 20
I.B.3. Un secteur très dépendant de la commande publique 20
I.B.4. Une conjoncture désastreuse 21

I.C. Les pratiques des entreprises face à la crise 22

I.C.1. La politique de prix, spécificités propres du BTP 22
I.C.2. Les offres anormalement basses 23
I.C.3. Les avenants et le juridisme 24
I.C.4. Les ententes 26
I.C.5. Les groupements de PME 26

I.D. La réforme du code : des solutions partielles mais utiles 27

I.D.1. La préparation de la réforme 27

I.D.2. Les débats et points de vue....28
a. La question du mieux-disant....28
b. L'élimination des offres anormalement basses....29
c. La question de la sous-traitance....30
d. Remarques diverses....30

I.D.3. Le projet de réforme et ses innovations....31
a. La simplification....31
b. La transparence....31
c. La question du mieux-disant....32
d. L'accès aux marchés publics....32
e. Le statut de la sous-traitance....32

II. Des systèmes européens qui convergent progressivement.... 34

II.A. Les particularités nationales....34

II.A.1. Le Royaume-Uni....34
II.A.2. L'Allemagne....35
II.A.3. L'Italie....36
II.A.4. L'Espagne....37
II.A.5. Autres particularités intéressantes....37
a. Aux Pays-Bas : les ententes officielles....37
b. En Belgique : contrôle des oligopoles....38
II.A.6. Conclusion....38

II.B. Une harmonisation imposée par les directives européennes....38

II.B.1. La réglementation européenne....38
a. Les directives en vigueur....38
b. Principes généraux de passation des marchés dans la directive "travaux"....39
1. Le choix de la procédure....39
2. Les critères de sélection des offres....39
3. Les préférences régionales ou sociales....40
c. Les dispositions communautaires en faveur des PME....40

II.B.2. L'harmonisation des systèmes de pré-qualification....41
II.B.3. Une ouverture des marchés encore insuffisante....41
II.B.4. L'harmonisation progresse néanmoins....41

II.C. D'autres contraintes internationales pèsent lourdement : l'exemple de la Suisse....42

III. Les spécificités du système américain.... 44

III.A. Le rôle des cabinets d'ingénierie....44

III.A.1.Comparaison franco-américaine sur la base d'un exemple-type..44
III.A.2. Autres éléments de différence....45

III.B. Les performance bonds, garanties de bonne fin à l'américaine....45

III.B.1. Qu'est ce qu'un bond ?....46

III.B.2. Descriptif du système, les différents types de garanties contractuelles....46

a. le bid bond....46
b. le performance bond....47
c. le payment bond....47

III.B.3. Historique....47

III.B.4. Les acteurs....48
a. Le garant ou "surety company"....48
b. Les courtiers....49

III.B.5. Le marché....49

III.B.6. L'utilisation de ces garanties....50
a. Leur attribution ne se fait qu'après une enquête minutieuse :....50
1. sur le plan financier....50
2. sur le plan technique....50
3. sur le plan du management....50
b. Les relations en régime permanent : un réel partenariat....51

III.B.7. Les appels de la garantie....52
a. Leur prévention....52
b. Si l'appel a lieu....53

III.B.8. L'accès des PME aux bonds....53
a. Spécificités de l'accès des PME aux bonds....53
b. Le rôle de la Small Business Administration (SBA)....54
1. Le Surety Bond Guarantee Program....54
2. Le budget de la SBA....55
c. Les difficultés d'accès spécifiques....56

IV. Perspectives françaises....58

IV.A. Améliorer la transparence des procédures....58

IV.A.1. La publicité des séances d'appels d'offres....58
IV.A.2. Moins-disant et mieux-disant....58

IV.B. Permettre le développement d'une maîtrise d'oeuvre plus forte....59

IV.C.Les conditions de l'introduction en France des performance bonds....60

IV.C.1. Deux exemples de garanties existantes....60
a. Les garanties pour maisons individuelles....60
b. Les garanties carrières....60

IV.C.2. Pourquoi introduire en France les performance bonds ?....61
a. Lutter contre les offres anormalement basses....62
b. Protéger les intérêts de l'acheteur public....62
c. Assainir le marché....62
d. Lutter contre la corruption....63

IV.C.3. Les inconvénients du système....63
a. Le coût de la garantie....63
b. Les difficultés d'accès aux bonds propres aux PME et aux entreprises nouvelles....63

IV.C.4. Mettre en place les conditions d'application du système....64

a. Quels garants : assureurs ou banquiers ? 64
b. Quel domaine d'application ? La question du seuil..... 66
c. Quelle quotité garantir ?..... 66
d. Comment aider les PME ?..... 67
e. Dans quels délais ? 67

CONCLUSION 68

BIBLIOGRAPHIE..... 69

ANNEXES

INTRODUCTION

Dans le cadre de ce mémoire de fin d'études, nous n'avons pas voulu réaliser une étude juridique à caractère international sur les marchés publics, qui aurait été trop ambitieuse, et d'ailleurs superflue, compte tenu de la littérature déjà disponible. Comme par ailleurs la crise actuelle du bâtiment et des travaux publics pèse lourdement sur l'ensemble des débats autour du rôle de la commande publique en France, il nous a semblé plus intéressant d'adopter une approche économique de notre sujet. Nous avons d'emblée choisi de limiter cette étude aux marchés de travaux, qui représentent grossièrement la moitié des marchés publics.

Notre constat de départ est que depuis quelques années, l'offre dans le secteur du BTP est sur-dimensionnée au regard d'une demande en rapide diminution, en particulier de la part des pouvoirs publics. Notre préoccupation principale dans cette étude a été, par conséquent, d'étudier quels aménagements des procédures de l'achat public pourraient contribuer à l'assainissement indispensable du marché des travaux publics, sans que des règles du jeu inadaptées n'aboutissent à la sélection d'entreprises dont le comportement est aberrant et opportuniste dans un contexte de crise.

Pour ce faire, nous avons examiné les procédures d'achat public en place chez nos voisins européens et aux Etats-Unis, où nous avons effectué une mission d'une semaine auprès d'acheteurs publics, d'entrepreneurs et de sociétés d'assurance.

Tout au long de cette étude, notre objectif était de garder à l'esprit la nécessité de rester conscient de l'impact sur la santé des entreprises des règles d'encadrement de l'achat public et plus généralement des pratiques des acheteurs publics. Dans cette optique, on se heurte très rapidement à l'extrême difficulté de concilier trois impératifs, trois niveaux de responsabilité de l'acheteur public : la nécessité d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix pour la commande publique, le souci de la transparence et de la rigueur, et l'intérêt des entreprises elles-mêmes.

I. La commande publique en France : caractéristiques et impact sur le secteur de la construction.

I.A. Les textes et la pratique des acheteurs publics.

I.A.1. Le code des marchés publics.

Ce chapitre est essentiellement destiné à rappeler les grandes lignes de la réglementation française actuelle concernant l'attribution des marchés publics. Pour plus de détails, on se reportera à la lecture du code lui-même ou des nombreux "mémentos" destinés à en faciliter la compréhension.

A. Comment définit-on un marché public ?

L'article premier du code des marchés publics précise :

"Les marchés publics sont des contrats passés, dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services."

Les personnes publiques soumises au code des marchés publics sont l'État, ses établissements publics autres que les établissements publics industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et tous leurs établissements publics (hôpitaux, OPHLM...), selon les art. 39 et 250 du code.

Des organismes tels que la Sécurité Sociale et des entreprises publiques telles que l'EDF et la SNCF appliquent des règles analogues aux dispositions du code des marchés publics, mais les marchés qu'ils passent ne sont pas stricto sensu des marchés publics (ce ne sont pas des contrats administratifs).

Dans la suite de cette étude nous nous restreindrons à l'examen des marchés passés selon le code des marchés publics (État et collectivités territoriales).

B. Structure du code des marchés publics.

Le code des marchés publics, issu d'une opération de codification lancée en 1964, est le texte principal qui réunit le corps de règles applicables à tous les marchés publics de l'État et des collectivités territoriales, qu'ils soient de fournitures, de travaux ou d'études.

Ce code, stratifié et sans réelle unité, est le résultat du colmatage au cas par cas des brèches de la législation par une succession de lois et décrets qui en rendent la lecture particulièrement ardue. Il recèle par ailleurs un certain nombre d'ambiguïtés et de difficultés d'interprétation, tant pour les acheteurs que pour les entreprises soumissionnaires.

En outre, beaucoup de textes n'ont pas été codifiés (notamment en ce qui concerne la sous-traitance et la maîtrise d'ouvrage, qui fait l'objet de la loi "MOP" du 12 juillet 1985).

Difficulté supplémentaire pour les utilisateurs, le texte actuel du code a été assez profondément réformé dans les dernières années:

- sur la forme : le décret du 15 décembre 1992 a porté "simplification", en supprimant un certain nombre d'articles redondants entre les marchés de l'État et ceux des collectivités territoriales ;

- sur le fond : les décrets des 27 mars et 29 novembre 1993 et 28 janvier, 27 avril et 17 septembre 1994 dus à :

-la transposition des directives européennes ;

-l'incidence des lois "transparence" du 3 janvier 1991 et "anticorruption" du 29 janvier 1993.

Le code actuel se compose de cinq livres :

- Livre I : Dispositions générales applicables aux marchés publics ;
- Livre II : Marchés de l'État et de ses établissements publics autres que les EPIC ;
- Livre III : Marchés passés au nom des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- Livre IV : Coordination des commandes publiques sur le plan local ;
- Livre V : Mesures de publicité et de mise en concurrence applicables à certains marchés de fournitures et de travaux.

C. Les objectifs du code des marchés publics.

De la lecture du code des marchés publics, il ressort deux préoccupations majeures :

- organiser une saine gestion des deniers publics (grâce à la réglementation minutieuse et aussi transparente que possible de la dévolution des marchés) ;

- assurer l'égalité d'accès et de traitement des candidats à la commande publique, par des procédures très encadrées de publicité et de mise en concurrence. Les marchés publics représentent en effet chaque année près de 10% du PIB, soit environ 700 milliards de francs[1], et constituent donc un levier d'action économique considérable.

D. Procédures de passation des marchés dans le code.

Les marchés sont passés soit par adjudication, soit par appel d'offres, soit sur procédure négociée. Ces procédures de passation ne s'imposent que pour les marchés de plus de 300 000 F (en deçà, les travaux se font sur mémoire et les achats sur facture).

[1] Chiffres cités par le Ministre délégué aux Finances et au Commerce Extérieur, M. Yves GALLAND, lors de la présentation du projet de loi portant réforme du code des marchés publics en Mars 1997.

a. L'adjudication.

Elle consiste à sélectionner l'offre la plus basse parmi les offres des entreprises satisfaisant les critères visés à l'article 38bis du code (pas de liquidation judiciaire, paiement du fisc et de la sécurité sociale), à condition que cette offre ne dépasse pas le prix maximum fixé préalablement par la personne responsable du marché.

C'est une procédure ancienne (remontant au XVIIè siècle), fort peu utilisée aujourd'hui car l'acheteur public a toujours le choix entre adjudication et appel d'offres.

L'adjudication peut être ouverte ou restreinte. Dans ce dernier cas, "seuls sont admis à remettre des offres les candidats agréés par la personne responsable du marché avant la séance d'adjudication" (en tenant compte des garanties professionnelles et financières et d'autres critères qui doivent être indiqués dans l'avis d'appel de candidatures).

b. L'appel d'offres.

La commission d'appel d'offres ouvre les plis lors d'une séance qui n'est pas publique, et à laquelle les candidats ne sont pas admis (art.94*ter*). Un représentant de la DDCCRF est membre de la commission à titre consultatif.

Le code préconise lors de l'appel d'offres le choix de l'offre la mieux-disante parmi les entreprises satisfaisant les critères visés à l'article 38bis du code :

"La personne responsable du marché choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante, en tenant compte notamment du prix des prestations, de leur coût d'utilisation, de la valeur technique et du délai d'exécution" (art. 95).

D'autres critères peuvent être utilisés à condition d'être précisés dans l'appel d'offres (la "préférence locale" est exclue). On examinera plus loin, au chapitre 1.2, la difficulté de sélectionner une offre sur la base de critères relevant du "mieux-disant".

L'appel d'offres peut autoriser ou non les variantes.

L'appel d'offres peut être déclaré infructueux par la personne responsable du marché si elle estime n'avoir pas obtenu de propositions qui lui paraissent acceptables. Elle peut alors procéder soit à un nouvel appel d'offres, soit à un marché négocié.

Enfin, l'appel d'offres peut comme l'adjudication être ouvert ou restreint, dans les mêmes conditions.

La procédure de la double enveloppe instituée par décret du 27/04/94 permet une présélection plus rapide des entreprises en demandant que l'ensemble des pièces justificatives requises dans l'avis d'appel public à la concurrence soient regroupées dans une première enveloppe cachetée, la seconde enveloppe contenant l'offre elle-même.

L'appel d'offres sur performance, institué par décret du 27/03/93, et défini aux articles 99 et 303 du code, permet de favoriser l'innovation de la part des entreprises, en les faisant

concourir non sur un ensemble de prestations définies préalablement par l'acheteur, mais sur la base de spécifications exprimées en termes de performances (résultats à atteindre). A la suite d'un appel d'offres restreint, un dialogue s'établit en toute confidentialité entre l'acheteur et les entreprises soumissionnaires à l'issue duquel celles-ci peuvent modifier ou compléter leur offre. Après le choix final, des primes peuvent être allouées aux concurrents dont les projets ont été les mieux classés.

c. Le marché négocié.

Cette procédure ne peut être choisie que dans des cas très spécifiques comme :

- après adjudication ou appel d'offres infructueux, ce qui se produit par exemple quand les offres sont trop élevées par rapport à l'estimation de l'administration ;

- travaux de recherche ou de défense ;

- urgence impérieuse ;

- ou lorsque le montant total de l'opération ne dépasse pas 700 000 F.

Sauf exceptions, une mise en concurrence par consultation écrite est exigée.

La répartition en nombre des différentes formes d'attribution des marchés publics de travaux, fournitures et services était la suivante en 1991:

	État	Collectivités	Ensemble
Adjudication	0 %	3 %	2 %
Appel d'offres	45 %	64 %	45 %
Négociation - avec concurrence	15 %	24 %	30 %
- sans concurrence	38 %	9 %	23 %

Source : Commission Centrale des Marchés, recensement de 1991[2].

On constate qu'un grand nombre de marchés sont passés sans mise en concurrence ou après une mise en concurrence sommaire (procédure négociée), essentiellement des marchés de l'État ; la majorité de ces commandes sont dans des secteurs très spécifiques de haute technologie (construction navale, aéronautique, armement...).

d. L'élimination des offres anormalement basses.

Toute offre jugée anormalement basse par la personne responsable du marché ne peut être rejetée sans que des précisions aient été demandées, par écrit, à l'entreprise soumissionnaire (art.97*ter*).

[2] dernier recensement publié par la CCM ; voir le commentaire du paragraphe 1.2.

e. Le prix.

Les différentes sortes de prix sont :

- le prix forfaitaire, qui est retenu lorsque les aléas sont limités (généralement utilisé dans le bâtiment) ;

- le prix unitaire, établi a posteriori en fonction du prix établi à l'avance pour un élément de l'ouvrage et du nombre d'éléments effectivement réalisés (plutôt utilisé dans les travaux publics) ;

- le marché sur dépenses contrôlées, peu utilisé et seulement applicable aux marchés de l'État, les dépenses étant évaluées par l'administration.

Le prix est normalement définitif, ferme ou modifiable à raison des variations économiques.

Le paiement peut intervenir avant l'exécution complète sous forme d'avances pour le financement des opérations préparatoires (dérogation à la règle comptable du service fait), ou d'acomptes versés au fur et à mesure des prestations réalisées.

I.A.2. Les enjeux économiques des marchés publics.

Il est extrêmement difficile d'obtenir des données consolidées fiables en matière de recensement des marchés publics. Le dernier recensement publié par la Commission Centrale des Marchés date de 1991, et des doutes sont fréquemment exprimés quant à la fiabilité de ces statistiques, en particulier en ce qui concerne les collectivités locales dont les réponses sont souvent incomplètes. Certains très grands acheteurs comme le ministère de l'Équipement effectuent pour eux-mêmes des études ponctuelles qui concernent des secteurs précis[3]. L'Enquête annuelle d'entreprises (EAE) réalisée par le Ministère de l'Équipement auprès des entreprises du BTP permet de disposer de données relatives à leur activité de l'année passée. Les chiffres ainsi obtenus n'apparaissent pas toujours cohérents avec les recensements de la CCM.

Néanmoins, des estimations globales sont disponibles et celles que nous reproduisons ici ont été présentées par le Ministre délégué aux Finances et au Commerce Extérieur, M. Yves GALLAND, lors de la présentation du projet de loi portant réforme du code des marchés publics en mars 1997.

Le poids total des marchés publics annuels y est estimé à environ 700 MdF, soit environ 10 % du PIB, et 20 % de la dépense publique totale.

---

[3] par exemple une étude devant dresser l'inventaire des pratiques d'attribution des marchés routiers de l'Etat, lancée le 21 août 1995 dans le cadre du programme d'actions communes entre le Conseil Général des Ponts et Chaussées et la Direction des Routes.

Ces 700 MdF se répartissent de la façon suivante :

	Travaux	Fournitures	Services
Etat	22%	63%	15%
Collectivités locales	63%	25%	12%
Ensemble	47%	40%	13%

Source : secrétariat général de la CCM, "Télégrammes Marchés Publics" de mars 1997.

I.A.3. Les pratiques des acheteurs publics.

A. Le choix du moins-disant dans un climat de suspicion aiguë.

a. Les pressions exercées sur l'acheteur public.

On constate aujourd'hui que les acheteurs publics choisissent quasi-systématiquement l'offre la moins-disante, alors que, comme nous l'avons vu, le code des marchés publics autorise la prise en compte d'autres critères que le prix d'acquisition, comme le coût d'utilisation ou le délai d'exécution.

En effet, le climat actuel de scandales liés aux marchés publics rend plus aiguë la pression exercée sur les acheteurs publics :

- par les juges, qui s'appuient sur la loi du 3 janvier 1991 punissant le délit de favoritisme d'amendes pouvant aller jusqu'à 200 000 F et de deux ans de prison ferme au maximum, et qui sont relayés par les pressions médiatiques ;

- par les services de la DGCCRF (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes) dont les représentants dans les commissions d'appel d'offres soulignent que le prix est le seul critère objectif de jugement, et dont une circulaire précise :

"Il est recommandé à ce service de rechercher tout élément pouvant relever du délit de favoritisme créé par ce texte et commis par le seul acheteur public, même si ce dernier n'en recueille personnellement aucun avantage direct."

Les agents des DDCCRF, invités obligatoirement à toutes les ouvertures d'appels d'offres, assistent à environ un quart d'entre elles. Notons cependant que très souvent, les agents de la DGCCRF demandent à la commission d'appel d'offres de se prononcer sur le prix parce que c'est le seul critère mentionné dans le règlement de la consultation.

- par la mission interministérielle d'enquête sur les marchés qui permet depuis la loi du 3 janvier 1991 modifiée par celle du 29 janvier 1993, à un préfet, à la Cour des Comptes, ou à un ministre, sur simple présomption d'irrégularité, de lancer une enquête avec des pouvoirs de perquisition étendus (secret non opposable).

L'appareil répressif se trouve considérablement renforcé, et cela joue d'autant plus que, concurrence aidant, les entreprises brisent la loi du silence et n'hésitent pas à attaquer en justice si elles sont moins-disantes et non choisies, alors même qu'elles sont les premières à dénoncer le choix trop systématique du moins-disant. Le souci des hommes politiques dans les collectivités locales de préserver leur image les rend particulièrement sensibles à la pression judiciaire et médiatique.

Il est vrai que la multiplication récente des scandales peut sembler justifier ces mesures. Néanmoins il est permis de s'interroger sur l'attitude ambiguë des services de l'État : d'une part, pression dissuasive et judiciaire forte sur les acheteurs, d'autre part circulaire sur circulaire pour promouvoir le mieux-disant. La formulation actuelle du délit de favoritisme n'encourage certainement pas l'utilisation du mieux-disant par l'acheteur public. Dans ce climat, nos interlocuteurs ont toujours revendiqué comme un exploit le fait d'avoir, dans un cas particulier rare, choisi en toute légalité une offre préférable techniquement à la moins-disante.

b. La difficile définition du mieux-disant.

Choisir les entreprises pouvant répondre à un appel d'offre en fonction de leurs capacités financières et techniques n'est pas simple, et fait immanquablement appel à une part de subjectivité. Elle est pourtant essentielle pour garantir que le chantier sera réalisé dans de bonnes conditions, et que la concurrence jouera entre des entreprises responsables et respectueuses des règles du jeu économique et social.

Or nous constatons d'une part qu'en France les acheteurs publics manquent souvent de temps et de compétences pour procéder à une analyse financière sérieuse des entreprises, et d'autre part que le système de certificats techniques (OPQCB...) remplit mal son office.

Le mieux-disant a ses défenseurs, qui expriment leur confiance dans le choix de l'acheteur public et souhaite lui donner suffisamment de latitude pour réaliser un choix intelligent, et ses détracteurs qui relèvent qu'il est la porte ouverte à tous les problèmes de corruption.

1. Les guides du mieux-disant.

Les défenseurs du mieux-disant ont souvent élaboré et diffusé des "guides" destinés à rappeler à l'acheteur public quel est le bon usage du principe du mieux-disant ; ainsi, en 1994, le guide des Canalisateurs de France (qui regroupe les principales entreprises de travaux publics spécialisées dans la construction et la réhabilitation de réseaux d'eau et d'assainissement) intitulé "La dévolution des travaux au mieux disant dans les marchés publics ou du bon usage de la réglementation à l'attention des maîtres d'ouvrage, maîtres d'oeuvre, entrepreneurs".

Dans les régions, les Fédérations professionnelles départementales et régionales et les DDE ont élaboré et diffusé ces dernières années auprès des acheteurs et des entreprises de tels guides et des "chartes du mieux-disant". Ces guides proposent des cas pratiques, avec par exemple des coefficients de pondération des critères ou des techniques arithmétiques de détection des offres anormalement basses. De son côté, accusée de favoriser le choix au moins-disant, la DGCCRF a fait diffuser des circulaires promouvant le mieux-disant.

On voit à quel point la nécessité d'une telle action d'information s'est fait sentir, mais son efficacité n'est pas évidente car l'acheteur public hésite toujours autant devant l'utilisation du mieux-disant.

2. Le "mieux-disant social".

La passation des marchés publics constituant un levier économique puissant pour les pouvoirs publics, grande a été la tentation de l'utiliser de façon directe dans la lutte contre le chômage. Le critère du "mieux-disant social" a été suggéré par des circulaires en 1992, 1993 et 1995. La circulaire interministérielle du 29 décembre 1993 précise en particulier qu'un "critère additionnel" relatif à la création d'emplois et à la formation professionnelle peut être inséré dans les appels d'offres.

Néanmoins cette circulaire ajoutait prudemment :

"La qualité de l'offre relative au critère additionnel d'emploi et de formation de demandeurs d'emploi ne peut, en elle-même, compenser des garanties techniques ou financières non satisfaisantes, une offre insuffisamment adaptée aux besoins exprimés par la collectivité publique ou un prix supérieur à celui d'un concurrent (...) Bien évidemment, ce critère additionnel relatif à l'emploi ne doit, en aucun cas, être utilisé comme un moyen de préférence locale ou comme un instrument discriminatoire à l'encontre d'entreprises ressortissant de la communauté européenne ou d'États parties au code GATT des marchés publics..."

Cette circulaire a été attaquée par la Fédération nationale du bâtiment et la Fédération nationale des travaux publics. Leur requête a été rejetée par le Conseil d'État qui a jugé que ce critère additionnel ne constitue qu'une simple déclaration d'intentions et non un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires du code des marchés publics, la circulaire étant d'ailleurs dépourvue de toute valeur réglementaire. Le rôle de cette incitation au "mieux-disant social" est donc tout relatif. De son côté, la profession souligne que les entrepreneurs du BTP sont déjà des employeurs importants de main d'oeuvre souvent à faible qualification.

B. Les problèmes de qualité de la commande publique.

Au-delà des problèmes liés à la sélection même de l'offre attributaire, la commande publique souffre plus généralement de problèmes de qualité aux conséquences plus ou moins graves pour la puissance publique ou pour les entreprises :

a. La préparation et le suivi technique des contrats : rôle de la maîtrise d'oeuvre.

1. L'insuffisante préparation des dossiers de mise en concurrence et des contrats définitifs.

L'objet du marché doit être défini par l'acheteur aussi précisément que possible avant tout appel à la concurrence (sauf appel d'offres sur performances). Néanmoins le témoignage de la DGCCRF et des professionnels du secteur porte à croire que bien souvent les dossiers de mise en concurrence de même que la rédaction définitive des contrats font l'objet d'une attention insuffisante de la part de l'acheteur public.

Cela peut résulter d'un manque de moyens (en particulier des collectivités locales, qui ont hérité une grosse partie des missions des DDE après la décentralisation) ou de la pression du calendrier (échéances électorales ou scolaires impérieuses).

L'insuffisante précision des dossiers de mise en concurrence et des contrats pose trois types de problèmes :

- il est évident qu'un contrat rédigé trop vite ou sans le soin nécessaire laisse la voie libre à un contentieux long et coûteux, que l'entreprise exploitera d'autant plus que son offre initiale était basse ;

- les PME sont désavantagées car elles n'ont pas les moyens de disposer en interne de capacités de conception et d'études comme les grandes entreprises (les frais généraux étant les premiers sacrifiés en période de crise). Elles préfèrent généralement des cahiers des charges très précis et encadrés.

- par ailleurs si le dossier d'appel d'offre est insuffisamment préparé, et en particulier si les critères de sélection des offres ne sont pas correctement précisés, on comprend que le choix ultérieur du moins-disant s'impose ; le recours au mieux-disant est beaucoup plus difficile.

2. Rôle et nature de la maîtrise d'oeuvre.

S'agissant de la rédaction des dossiers de mise en concurrence et des contrats, de même que pour le suivi de l'exécution des travaux, le maître d'oeuvre peut probablement apporter une aide utile au maître d'ouvrage.

Le maître d'ouvrage peut en effet avoir recours à un marché d'études, dit de "maîtrise d'oeuvre" lorsqu'il a pour objet "d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme défini par le maître d'ouvrage" (art.107). Les missions que le maître d'ouvrage peut confier au maître d'oeuvre sont nombreuses : études, assistance pour la passation du contrat de travaux, direction de l'exécution, ordonnancement, pilotage et coordination du chantier, assistance lors de la réception et pendant la période de garantie. Pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique.

La loi du 12 juillet 1985 (loi "MOP") précise les rapports entre maître d'ouvrage public et maître d'oeuvre privé, qui est le plus souvent un architecte rémunéré forfaitairement.

Dans le domaine des travaux publics, la maîtrise d'oeuvre privée indépendante est assez peu représentée en France, au bénéfice de la maîtrise d'oeuvre publique (DDE, bureaux d'études d'entreprises publiques) et de la maîtrise d'oeuvre intégrée aux grands groupes du BTP, même si la loi MOP précise très clairement que "pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle d'entrepreneur".

Un des obstacles au développement de cabinets d'ingénierie indépendants en France reste les distorsions de concurrence au profit de la maîtrise d'oeuvre publique. Les DDE, par exemple, fixent leurs tarifs 30% en gros au dessous des barèmes professionnels pour des missions de maîtrise d'oeuvre pour le compte des collectivités locales. Il en résulte deux effets pervers :

- les DDE concentrent leurs efforts sur les missions rémunératrices (études, conduites d'opération...) au détriment des missions d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, qui sont pourtant essentielles à la qualité de la commande publique.

- le secteur de l'ingénierie privée est étouffé artificiellement par des prix trop bas.

Nous avons besoin d'une ingénierie privée plus dynamique et d'une meilleure assistance à la maîtrise d'ouvrage pour les collectivités locales. C'est pourquoi il nous paraît utile de mettre progressivement un terme à la distorsion de concurrence que constituent les barèmes des DDE.

Il ne faut pas oublier cependant le rôle d'aménagement du territoire joué par les DDE au profit des très petites collectivités qui n'auraient pas les moyens de recourir au secteur privé. Il nous semble que ce rôle peut être maintenu, moyennant peut-être des mécanismes spécifiques à ces très petites collectivités, qui se plaignent par ailleurs d'un recul du soutien que leur apportent les DDE et les DDA.

b. Des commandes trop irrégulières.

Les impératifs budgétaires (gels brutaux des crédits, budgets à terminer en fin d'année...) rendent la commande publique trop irrégulière. Ces à-coups ont des conséquences graves

pour les plans de charge des entreprises du BTP, dont la main d'oeuvre représente une grande partie des coûts.

Par ailleurs la pratique des appels d'offre par vagues (par exemple plusieurs rénovations de lycées à la fois) encourage et facilite évidemment les ententes entre entreprises, pratiques courantes dans le BTP (une douzaine de condamnations par an).

A l'issue de nos entretiens, il nous a semblé que de gros progrès pouvaient être réalisés en matière d'étalement dans le temps de la commande des acheteurs publics importants, grosses collectivités, DDE ou ministères. Le temps laissé aux entreprises pour les études et les délais impartis pour la réalisation sont parfois insuffisants et posent des problèmes de qualité (ainsi lorsqu'une entreprise reçoit fin août un ordre de service avec prix nouveaux pour exécuter des travaux imprévus qui conditionnent l'ouverture d'un lycée le 15 septembre...).

c. Le contrôle a posteriori de l'exécution des marchés semble insuffisant.

En effet, si le contentieux lié à la passation du contrat (favoritisme, corruption...) est comme nous l'avons vu terriblement redouté par l'acheteur public, le contentieux lié à l'exécution l'effraie moins. Celui-ci est traité avec une grande discrétion, personne - à commencer par l'acheteur - n'ayant intérêt à ébruiter les dépassements par rapport au contrat initial effectués à coup d'avenant et d'arrangements avec l'entreprise. Les chiffres à ce sujet (décomptes définitifs des travaux par rapport au marché initial, coût de la maintenance des ouvrages) ne semblent collectés ni analysés par personne. Les dossiers de liquidation, qui analysent les dépassements importants du marché de référence et les réclamations portant sur ce marché, sont édités en un très petit nombre d'exemplaires et traités de façon presque confidentielle. Les chambres régionales des Comptes dénoncent les cas vraiment pathologiques (dépassements faramineux, méconnaissance totale du code des marchés publics) sans avoir les moyens d'un contrôle plus exhaustif et sans objectif statistique.

Pour éviter les excès de l'usage des avenants, la loi du 8/02/95 oblige cependant l'acheteur à soumettre pour avis à la Commission d'appel d'offre tout projet d'avenant entraînant une augmentation de plus de 5% du montant du contrat.

Outre les problèmes de contentieux, le simple contrôle a posteriori de la bonne exécution des travaux (quantités, dimensions, qualité des matériaux...) pourrait faire l'objet, nous semble-t-il, de plus d'attention.

Peut-être serait-il possible de transférer une partie des moyens affectés au contrôle a priori à un contrôle a posteriori plus rigoureux. Il serait bon également que les dossiers de liquidation bénéficient d'une diffusion plus large (notamment à la Commission Centrale des Marchés pour l'établissement de statistiques), et d'un contrôle plus strict, sans quoi

le silence coupable entretenu actuellement sur les dépassements de devis ne pourra que perdurer.

Mais un des meilleurs moyens d'éviter la dérive des coûts ou de la qualité sur un chantier reste d'intéresser l'entreprise ; c'est possible, par exemple, moyennant des marchés de type concession dans lesquels l'entreprise de construction est actionnaire. Mais il faut toutefois noter que leur dévolution à l'issue d'une réelle mise en concurrence reste à clarifier.

d. Des garanties insuffisantes ou peu utilisées.

Face à la difficulté de ce contrôle a posteriori, la législation protège les intérêts du maître d'ouvrage en fixant à l'entrepreneur des délais de responsabilité et en l'obligeant à présenter certaines garanties.

1. Responsabilité de l'entrepreneur après l'exécution des travaux.

Le délai de la responsabilité contractuelle et celui de la responsabilité décennale courent à partir de la date d'effet de la réception des travaux.

1. La responsabilité contractuelle.

L'entreprise n'est dégagée de ses obligations contractuelles qu'à l'expiration du délai de garantie (un an pour les marchés de travaux publics).

Elle doit en outre pendant ce délai remédier aux imperfections et malfaçons ayant fait l'objet de réserves à la réception.

2. La responsabilité décennale.

Elle est fondée sur les articles 1792 et 2270 du code civil.

Pendant un délai de dix ans (dans la plupart des cas), l'entrepreneur est tenu de réparer certains vices, cachés lors de la réception de l'ouvrage, et de nature à compromettre la solidité ou la bonne utilisation de l'ouvrage (défaut d'étanchéité, vices affectant murs ou fondations...).

3. La prescription trentenaire.

A l'expiration du délai de dix ans, la responsabilité de droit commun de l'entrepreneur reste engagée pour vol ou fraude.

2. Garanties d'exécution.

En matière de garantie, le maître d'ouvrage dispose actuellement d'une retenue de garantie, limitée à 5% du contrat, remplaçable s'il le souhaite par une caution personnelle et solidaire ou une garantie à première demande (art.125 et 131 du code). Cette dernière, très puissante pour l'acheteur public qui peut en exiger le paiement quand il le souhaite sur la base d'un minimum de justifications, est encore très peu utilisée apparemment, du fait de la ferme opposition de entrepreneurs et des résistances des banques.

Outre ces garanties, le titulaire du marché ne peut recevoir une avance facultative qu'après avoir constitué une garantie à première demande s'engageant à rembourser s'il y a lieu l'avance consentie (art.133).

Comparées aux garanties utilisées dans un certain nombre de pays (en particulier aux États-Unis[4]), les garanties à la disposition de l'acheteur public français restent limitées, puisqu'elles ne couvrent que 5% de la valeur du contrat. Elles ne permettent pas en particulier d'assurer que l'ouvrage sera terminé dans les conditions du contrat.

C. Les problèmes de l'accès des PME aux marchés publics.

La qualité de la concurrence suscitée par la dévolution des marchés publics participe incontestablement à la qualité de la commande publique elle-même. Le souci d'aider les PME à participer autant que possible à cette concurrence a toujours été présent dans l'esprit du législateur. Pourtant, des difficultés subsistent.

a. L'accès direct aux marchés.

Malgré la volonté fréquente des maîtres d'ouvrage de privilégier l'emploi local, les PME ont de plus en plus de difficulté à accéder aux marchés publics en raison de différents facteurs :

- le choix entre l'entreprise générale sous-traitant une partie des travaux ou la configuration en corps de métiers : les maîtres d'ouvrage reconnaissent tous que l'entreprise générale est la solution de facilité (pas forcément plus chère, générant beaucoup moins de problèmes dans la gestion quotidienne du chantier, et comportant moins de risques de retard) qu'ils ont de plus en plus tendance à choisir, même s'ils voudraient privilégier l'emploi local et les PME ;

- en outre, le recours à l'entreprise générale dispense de certains travaux de maîtrise d'oeuvre qui seraient nécessaires en cas de configuration en corps de métiers (ce qui est d'autant plus important que la maîtrise d'oeuvre souffre encore en France d'une certaine faiblesse, ainsi que nous l'avons vu) ;

- les maîtres d'ouvrage hésitent à découper les marchés en petits lots, le code n'étant pas très clair sur ce point ;

- la complexité du code et de l'appareil administratif est plus dissuasive pour les PME.

[4] Les performance bonds qui y sont utilisés couvrent 100 % de la valeur du contrat et constituent de réelles obligations de faire pour les assureurs. Voir pour plus de détails le chapitre spécifique aux Etats-Unis.

Pour toutes ces raisons, les PME bénéficient la plupart du temps des marchés publics de façon plus indirecte, comme sous-traitantes de l'entreprise générale, ou sous-traitantes de sous-traitants.

b. Le statut de la sous-traitance et le paiement direct.

Le statut de la sous-traitance dans les marchés publics a des répercussions très importantes sur l'activité des PME, d'autant plus que les conditions financières de cette sous-traitance sont pour elles de plus en plus difficiles.

Le code des marchés publics ne permet au titulaire du marché de sous-traiter que certaines parties de son marché, interdisant ainsi la sous-traitance totale et les entreprises qui ne sont que des boîtes à lettres, des "coquilles vides".

La loi du 31 décembre 1975 a en outre considérablement amélioré la sécurité financière des sous-traitants en instituant le paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage, afin de protéger le sous-traitant de l'éventuelle insolvabilité de l'entrepreneur principal.

Cette loi prévoit que le sous-traitant :

- doit être accepté par le maître d'ouvrage, qui doit agréer les conditions de paiement ;

- est alors payé directement (si le montant est supérieur à 4000 F).

Le paiement direct est obligatoire dans tous les cas. Il intervient à la demande du sous-traitant (très souvent, en pratique, des fractions de marchés sont sous-traitées sans que ces formalités soient accomplies).

Reste à savoir si, en cas de sous-traitance en chaîne, les sous-traitants de second rang et plus peuvent bénéficier du paiement direct. Ce point fait l'objet d'un débat : une circulaire ministérielle du 7 octobre 1976 refuse le paiement direct aux sous-traitants de rang supérieur à un, estimant que ces sous-contrats relèvent du droit privé, alors que la Cour de cassation a précisé dans une jurisprudence constante (en 1980, 1982, 1987, 1989...) que l'action directe doit être accordée au sous-traitant du sous-traitant de la même manière et sans distinction selon le rang. Dans la pratique il est extrêmement rare que les sous-traitants de second rang bénéficient du paiement direct. Cela pose naturellement problème pour les PME, qui sont fréquemment exposées à des cas de sous-traitance en chaîne, dans de très mauvaises conditions financières. Ces montages peuvent s'avérer extrêmement dangereux pour elles, puisque elles sont à la merci du dépôt de bilan éventuel de l'une des entreprises-maillons de la chaîne.

Le projet de réforme du code des marchés publics, comme nous le verrons plus loin, accorde d'ailleurs une importance particulière aux problèmes posés par la sous-traitance et la vulnérabilité des PME.

Dans le contexte actuel de surdimensionnement de l'offre, on peut cependant se demander s'il est préférable de chercher plutôt à encourager l'accès direct des PME aux marchés publics ou de protéger leur statut de sous-traitants des entreprises générales. Sans répondre à cette question, il nous semble indispensable de maintenir un niveau suffisant de saine concurrence dans un secteur de l'économie déjà très concentré et fortement dominé par cinq "majors". L'accès des PME aux marchés publics doit donc selon nous faire l'objet de la plus grande attention de la part des pouvoirs publics.

D. Les problèmes judiciaires.

Malgré les pressions pesant sur l'acheteur public, nombreuses sont encore les "affaires" liées à l'attribution des marchés publics.

Le délit de favoritisme constitue depuis 1991 l'outil répressif de base en la matière, et agit comme un délit-obstacle, avant que n'apparaissent des infractions de corruption par exemple. Il permet de sanctionner de manière pénale l'ensemble de la procédure, et non plus seulement certains des procédés utilisés (comme les faux ou les recels d'abus de biens sociaux).

Une des premières condamnations pour tentative de favoritisme a eu lieu dans le Bas-Rhin en janvier 1996 : quatre élus locaux siégeant à la commission d'appel d'offres d'un SIVOM et ayant tenté d'attribuer un marché dans des conditions irrégulières (malgré la présence d'un représentant de la DDCCRF) ont été condamnés à des amendes de 5 000 et 10 000 F.

D'autres délits prévus par le nouveau code pénal peuvent être invoqués ("Des manquements au devoir de probité") :

- concussion ;
- corruption passive et trafic d'influence (10 ans et 1 MF) ;
- prise illégale d'intérêt (5 ans et 500 000 F) ;
- soustraction et détournement de biens (10 ans et 1 MF).

La direction des affaires criminelles et des grâces du ministère de la Justice a élaboré en février 1996 un document d'information très bien fait à l'attention des magistrats concernant la politique criminelle en matière de marchés publics[5]. Ce document comprend en particulier une typologie des infractions les plus fréquemment rencontrées en la matière que nous reprenons ici dans ses grandes lignes :

- le choix d'une procédure échappant aux règles de publicité :

[5] "Politique criminelle en matière de marchés publics", circulaire du 14 février 1996, publiée par le Moniteur en date du 8 mars 1996.

- transfert à des organismes de droit privé (associations) de missions ou de compétences dévolues à l'État ou à une collectivité territoriale, afin de se soustraire aux dispositions du code ;

- très classique, le recours abusif aux travaux sur mémoires et achats sur factures prévus en dessous du seuil de 300 000 F, soit en minorant le montant du marché lors de sa conclusion (avec rattrapage éventuel grâce à des avenants ultérieurs ou des fausses factures), soit en découpant artificiellement un marché global en plusieurs marchés inférieurs au seuil. Par exemple un ensemble de travaux de même nature comme la pose de canalisations ou une opération de voirie est découpée en plusieurs commandes, soit auprès d'entreprises différentes, soit auprès d'une même entreprise.

Ce point suppose que la notion d'opération soit clairement définie, ce qui ne semble pas être le cas lorsqu'on interroge des utilisateurs du code. Un acheteur public important pose par exemple la question : les réfections de dix toitures de dix collèges sont-elles une ou dix opérations ? Il nous apparaît souhaitable que cette notion soit éclaircie.

- l'emploi abusif des procédures d'exception :

- l'utilisation de la procédure de marché négocié en dehors des cas prévus par le code, ou en invoquant à tort une urgence impérieuse (ce qui naturellement peut être difficile à juger) ou encore en organisant volontairement l'échec de la procédure de mise en concurrence (grâce à une rédaction orientée du cahier des charges ou en sous-estimant volontairement l'estimation initiale) ;

- dans le cas de l'appel d'offres restreint, l'acheteur peut adapter sciemment les critères de présélection au candidat qu'il souhaite favoriser.

- infractions dans la passation du marché :

- l'acheteur peut chercher à entraver le contrôle de l'assemblée délibérante en n'informant pas celle-ci ou en l'informant mal (trop tardivement par exemple) ;

- il peut également définir le marché de façon à favoriser sciemment une entreprise :

- en faisant participer l'entreprise directement (par l'intermédiaire d'un marché d'études par exemple) ou indirectement à la définition du marché ;

- en rédigeant pour l'entreprise un cahier des clauses techniques particulières (CCTP) "sur mesure".

- publicité insuffisante (abus de la procédure d'urgence, divulgations d'informations non contenues dans l'appel d'offres, imprécision de l'avis d'appel public à la concurrence...).

- mauvaise tenue des documents (plis contenant les offres, procès-verbaux de la commission d'appel d'offres).

- déroulement irrégulier de la commission d'appel d'offres : non convocation des membres ayant voix consultative tels que les représentants des DDCCRF, non vérification du respect des capacités juridiques et techniques des candidats, introduction de critères non mentionnés dans le règlement de la consultation.

- lors de l'examen des offres : présentation fallacieuse de la part des candidats (les cas d'ententes par exemple), ou de la part de l'acheteur public, rejet non justifié d'une offre anormalement basse ou modifications des offres lors de l'ouverture des plis.

De manière plus générale il nous semble qu'il existe deux voies dans le traitement du problème de la corruption :

- une première possibilité consiste à supprimer la liberté d'action de l'acheteur public (c'est la voie choisie aux États-Unis, qui ne nous semble pas souhaitable[6]) ;

- l'autre voie consiste plutôt à essayer de traiter le problème à sa source. Dans cette optique, une meilleure organisation du financement des partis politiques, dans un contexte où les campagnes électorales sont de plus en plus coûteuses, serait probablement une voie d'amélioration.

Ces problèmes judiciaires se compliquent souvent du recours, par certaines collectivités, à des formes de marchés un peu en marge du code des marché publics.

E. De "nouvelles formes de marchés" pour répondre aux problèmes de financement.

Les lois de décentralisation ont accordé aux collectivités territoriales de nouvelles compétences (entretien des routes, lycées, collèges etc.) sans que les moyens qui ont été consentis soient toujours à la hauteur. Outre le problème financier, ces collectivités manquent souvent de moyens techniques et humains pour gérer des opérations complexes. La tentation est alors forte de se retourner vers le financement privé, renouant ainsi avec d'anciennes traditions françaises.

Il existe un grand nombre de solutions permettant d'allier intérêts privés et intérêts publics dans la construction d'infrastructures pour une collectivité territoriale. La plus médiatique en la matière est peut-être le marché d'entreprise de travaux publics (METP), qui a récemment suscité une polémique violente aggravée par les récentes "affaires" (marchés de la région Île-de-France, marchés de la ville de Vichy...) et entretenue par le flou juridique entourant cette forme de marché. Le METP est en effet un contrat administratif entre un maître d'ouvrage public et une entreprise, selon lequel l'entreprise est chargée de construire ou de rénover un équipement et d'en assurer l'entretien ainsi que certaines

[6] L'offre sélectionnée y est obligatoirement la moins-disante, si elle présente les garanties requises. Voir le chapitre spécifique aux Etats-Unis.

tâches d'exploitation pendant une durée longue (en général plus de dix ans). L'entreprise assure le préfinancement des différentes phases des travaux, et reçoit chaque année du maître d'ouvrage un loyer qui couvre aussi ses tâches d'entretien et d'exploitation. Or l'article 175 du code des marchés publics interdit toute clause de paiement différé ou par annuités. Il est donc permis de se demander si le METP est vraiment un marché public ou plutôt une concession. Il apparaît nécessaire que son statut, encore débattu par les juristes, soit éclairci.

Néanmoins il s'agit d'une démarche qui mérite attention car elle permet d'intéresser l'entreprise à la qualité de l'ouvrage réalisé en raisonnant en terme de *coût global* (coût de construction et coût d'entretien), au détriment cependant de la transparence : le maître d'ouvrage risque de perdre la vision des coûts des différents éléments (études, travaux, entretien, maintenance, financement).

Le METP reste réservé aux entreprises importantes, qui ont une assise financière suffisante pour assumer un paiement sur 10 ans. Afin de ne pas pénaliser excessivement la trésorerie actuellement tendue des PME, il conviendrait donc de le limiter aux marchés d'une certaine taille (par exemple supérieurs au seuil d'appel d'offres européen, c'est à dire 33 MF). Un autre risque est que certaines collectivités soient incitées à raisonner à court terme, et négligent le poids des frais financiers qui pèseront sur toute la durée du contrat. Il est permis de supposer qu'il existe dans un certain nombre de cas des possibilités de financement moins onéreuses.

D'autres montages plus exotiques sont parfois réalisés par des collectivités en proie à une certaine imagination créatrice, mais les risques de dérapage sont alors grands, ainsi que le montrent des cas comme Angoulême ou Briançon.

Nous avons étudié dans cette première partie la réglementation actuelle qui régit l'attribution des marchés publics et les pratiques des acheteurs publics. Pour mieux comprendre les conséquences de ces pratiques sur le comportement des entreprises, il nout faut d'abord brièvement décrire l'état de la conjoncture actuelle dans le secteur de la construction.

I.B. Caractéristiques du marché français de la construction.

I.B.1. Un élément majeur de l'économie nationale.

Le secteur du bâtiment et des travaux publics représentait en France en 1996 un chiffre d'affaires total de 580 GF, dont 450 GF pour le bâtiment et 130 GF pour les travaux publics.

1,4 millions de personnes travaillent dans le BTP, soit près de 6% de la population active française.

C'est par ailleurs un secteur nettement exportateur : 55 GF de travaux ont ainsi été réalisés en 1995 à l'étranger par les entreprises de travaux publics françaises et leurs filiales étrangères. Le chiffre est de 22, 5 GF pour le bâtiment.

I.B.2. Des entreprises de toutes tailles.

Le secteur français du bâtiment et des travaux publics est caractérisé par une diversité très grande de la taille des entreprises. On trouve en effet chez nous des entreprises artisanales, des entreprises moyennes à vocation régionale mais aussi les plus grands groupe internationaux du secteur, présents à l'exportation partout dans le monde. La réalisation d'ouvrages de renommée mondiale par des entreprises françaises en témoigne, et on peut citer parmi les plus récents : le palais des congrès à Hongkong ou le pont de l'Île du Prince Édouard au Canada. Il en découle naturellement, par rapport à nos voisins, une concentration plus forte du marché, tout particulièrement sensible dans les travaux publics, qui sont plus capitalistiques. On trouve ainsi trois groupes français parmi les cinq premier bâtisseurs européens, ce qui est très frappant quand on sait que le marché allemand représente aujourd'hui 1500 GF, soit presque trois fois le marché français...

L'existence à la fois d'entreprises locales de petites tailles et de grands groupes internationaux en concurrence directe est un élément important à prendre en compte dans toute étude touchant de près ou de loin aux marchés publics de construction en France.

I.B.3. Un secteur très dépendant de la commande publique.

C'est particulièrement vrai dans le domaine des travaux publics, où la commande publique représente 70% du chiffre d'affaire total de la profession. Les collectivités locales payent l'essentiel, à savoir 61% de cette commande publique. Le secteur du bâtiment est relativement moins concerné.

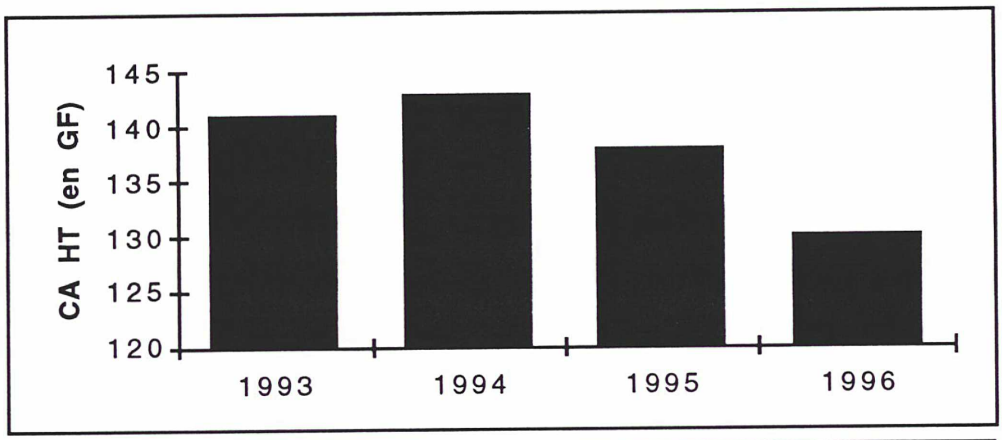
Le poids de l'achat public dans le BTP engage donc la responsabilité du législateur au-delà de la simple "efficacité technique" de ses lois : les règles de l'achat public influent directement sur la santé d'un secteur majeur de l'économie nationale.

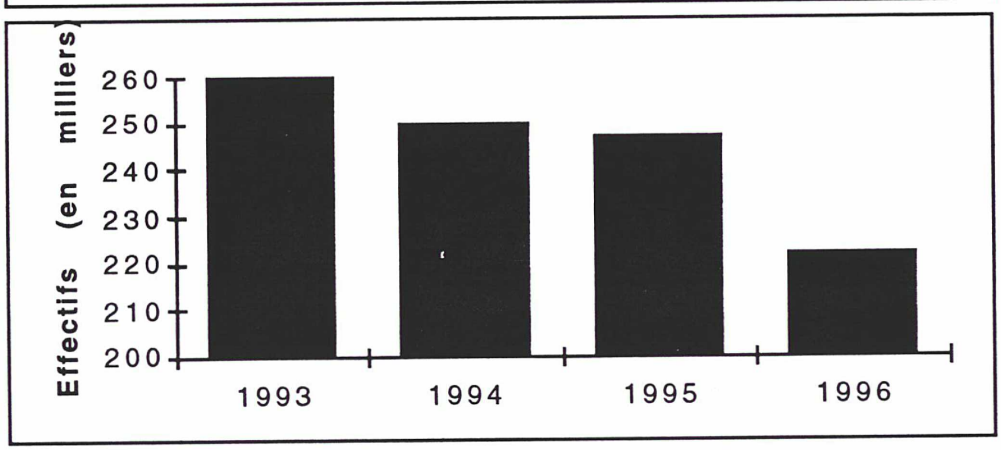
I.B.4. Une conjoncture désastreuse.

Les chiffres concernant la construction sont actuellement tous dans le rouge en France actuellement, et la situation ne cesse de se dégrader depuis 1991.

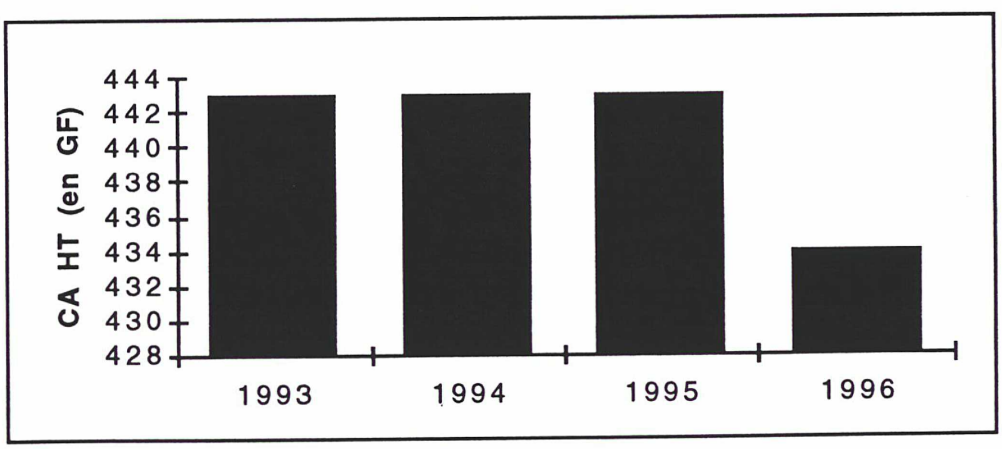
La baisse du chiffre d'affaire de la profession, aussi bien dans le bâtiment que dans les travaux publics, donne une bonne idée du phénomène :

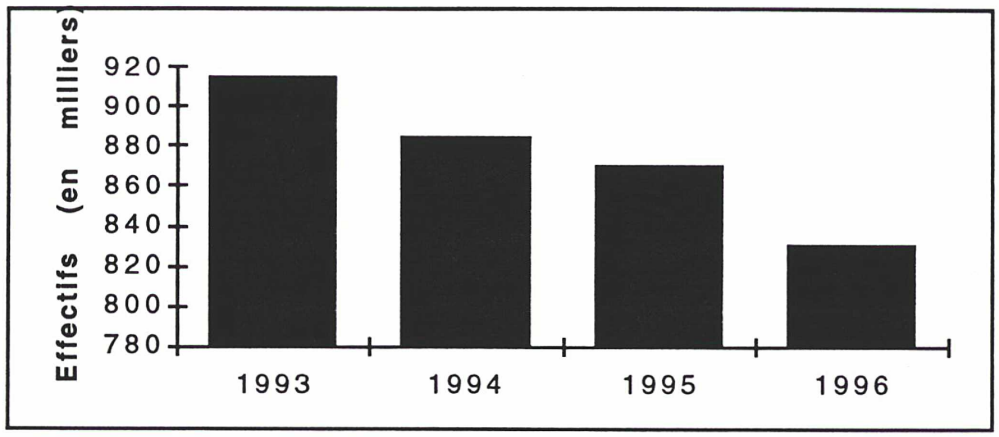
Pour les travaux publics :





Pour le bâtiment :





Source : Le Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment, nov. 1996.

Cette crise grave se ressent durement sur le plan social : près de 200 000 emplois perdus depuis 1991 par le secteur, et principalement parmi les moins qualifiés, ceux qui sont actuellement les plus frappés par le chômage.

La décrue de l'activité se traduit aussi par des faillites très nombreuses : de l'ordre de 10 000 par an en moyenne de puis 1990. Mais si les redressements judiciaires aboutissaient auparavant le plus souvent à une reprise par une entreprise plus importante, contribuant ainsi à la concentration du marché, la tendance est en train de s'inverser et le récession a freiné les ardeurs conquérantes des majors, d'où un accroissement significatif des liquidations pures.

D'autre part, les défaillances d'entreprises moyennes (plus de 100 millions de francs de chiffre d'affaire) se multiplient et elles sont passées de 7 en 1994 à une trentaine en 1995, dont le groupe routier Beugnet.

Cette tendance nous a été confirmée par tous nos interlocuteurs, aussi bien dans l'administration que dans les entreprises. Nous avons ainsi recueilli le témoignage du patron d'une PME de travaux publics, qui avait encore 600 salariés en 1993, et qui n'en avait plus que 360 en 1997, avec des prévisions toujours orientées à la baisse.

I.C. Les pratiques des entreprises face à la crise.

I.C.1. La politique de prix, spécificités propres du BTP.

Si l'on ne veut pas se méprendre sur les politiques de prix des entreprises du secteur, il est essentiel de bien identifier deux particularités de cette activité :

- le plan de charge des entreprises peut varier très brutalement en fonction d'un petit nombre de contrats signés, contrats qui sont signés la plupart du temps avec des clients à chaque fois différents.

- les évaluations de prix sont très imprécises. Chaque chantier est en fin de compte un prototype, réalisé dans des conditions qui ne sont pas connues en détail à la signature du contrat (nature du sol, conditions météorologiques). Le coût ne peut donc être fixé de manière univoque.

On peut à partir de ces deux remarques mieux appréhender la décomposition d'un prix en quatre composantes :

- une partie correspondant aux charges fixes des entreprises.

- une partie correspondant aux risques et aléas.

- une partie correspondant aux frais variables inhérents au chantier (matières premières, coûts de personnels,...)

- une marge.

I.C.2. Les offres anormalement basses.

Les offres anormalement basses sont très liées aux particularités du BTP, que nous venons de voir ci-dessus. Une entreprise peut décider sur un chantier de ne pas inclure dans son devis la partie couvrant le risque, ou tout ou partie de la marge couvrant les frais fixes, en estimant que les couvrir partiellement est toujours meilleur que de ne pas les couvrir du tout. Un chef d'entreprise utilisera souvent tous les moyens disponibles pour éviter de payer son personnel "à ne rien faire", et laisser ses machines à l'entrepôt. Des offres peuvent donc exceptionnellement être 10 ou 20% moins élevées que ce que l'on voit habituellement, mais il est évident que si la pratique se généralise, l'entreprise sera rapidement acculée à la faillite.

Nous avons vu au chapitre précédent que la tendance actuelle chez les acheteurs publics était au choix systématique du moins disant, interdisant donc toute possibilité de différenciation aux entreprises. Nul besoin d'être érudit en stratégie industrielle pour comprendre qu'un tel état de fait conduit immédiatement à une guerre des prix, qui, compte tenu de ce que nous venons de voir ci-dessus, peut se traduire très brutalement par un abaissement de 20% du niveau des prix auxquels sont attribués les marchés. Cet abaissement ne touche d'abord que les plus faibles pour ensuite se propager horizontalement sous l'effet de la concurrence et verticalement à cause de la sous-traitance. Peu à peu, toute la profession est touchée, et même les meilleurs perdent de l'argent.

La description de ce phénomène n'est pas un pur exercice de rhétorique, et nous avons pu nous rendre compte de sa réalité en interviewant des chefs d'entreprises mais surtout des acheteurs publics qui ont tous reconnu que le niveau des prix s'était brutalement affaissé depuis trois ou quatre ans, et qu'apparaissent de plus en plus souvent des prix 30 à 40% plus bas que les propositions des autres concurrents. Quelques exemples : sur le chantier

d'une autoroute, le prix unitaire des aciers est passé de 9F à 3F en quatre ans. Un acheteur nous a par ailleurs cité le cas d'un chantier de main d'oeuvre où il était évident qu'on ne pouvait le réaliser en moins de x heures par poteau, mais où on lui avait tout de même fait une offre qui impliquait un travail fait un fois et demie plus vite. L'entrepreneur interrogé sur la pertinence de son offre n'a pas été capable de la justifier par une méthode particulière de travail.

La généralisation du phénomène risque d'écarter de la profession tous ceux qui refusent d'utiliser des voies détournées pour continuer à maintenir la rentabilité de leur activité. Ces voies sont variables et bien connues : sacrifice de la qualité en "bâclant le travail", ou en utilisant des matériaux d'une qualité inférieure à celle qui avait été annoncée, voire en réduisant les quantités, utilisation abusive des avenants, jusqu'au contentieux; mise en faillite régulière de son entreprise pour en remonter une plus tard sous un autre nom, entente avec les autres concurrents pour remettre des offres à des prix artificiellement hauts, et enfin corruption pure et simple de l'acheteur public... Tous ces moyens ont été et sont utilisés et il est de la responsabilité de l'acheteur public d'éviter qu'ils ne deviennent le seul recours pour échapper à la généralisation des offres anormalement basses qui minent la profession. Ce problème, bien que particulièrement important aujourd'hui n'est pas nouveau et la fameuse citation de Vauban, écrivant à Louvois, le montre de façon éclatante :

"Monseigneur,

La confusion que causent les fréquents rabais qui se font dans vos ouvrages (...) ne sert qu'à vous attirer comme entrepreneurs tous les misérables qui ne savent où donner de la tête, les fripons et les ignorants, et à faire fuir tous ceux qui ont de quoi et qui sont capables de conduire une entreprise.

Donnez le prix des ouvrages et ne refusez pas un honnête salaire à un entrepreneur qui s'acquitte de son devoir, ce sera toujours le meilleur marché que vous puissiez trouver."

I.C.3. Les avenants et le juridisme.

Le jeu des avenants est de plus en plus utilisé par les entreprises. C'est un moyen comme un autre de détourner le système de l'appel d'offres en proposant un prix bas pour ensuite tirer parti de toutes les faiblesses du contrat, ou de l'inattention du maître d'ouvrage, pour obtenir des paiements supplémentaires.

Il s'agit là d'exploiter une faille bien réelle du système français : si les contrôles formels à priori sont relativement importants (dossiers lourds exigés par le code des marchés publics, examinés en commission d'appel d'offre, contrôle de légalité effectué par les services du préfet), une fois le contrat signé, les contraintes sont beaucoup moins lourdes.

De plus, les projets sont bien souvent insuffisamment préparés, et le maître d'ouvrage a trop souvent tendance à changer des éléments de sa commande une fois celle-ci passée. Ce manque de rigueur dans le traitement et le suivi des contrats, combiné avec l'émergence actuelle du juridisme, conduit dans de très nombreux cas à des montants des travaux bien supérieurs à ceux qui avaient été initialement prévus.

La nature des avenants peut être très variable. On nous a cité la cas d'un département où tous les bâtiments scolaires commandés nécessitaient, de façon imprévue, des fondations spéciales, à telle point que c'était devenu un sujet de plaisanteries. Mais les avenants peuvent aussi découler d'une exigence ponctuelle du maître d'ouvrage, qui n'était pas inclue dans le contrat... Le processus peut être beaucoup plus subtil, et, dans le domaine des travaux publics, où les devis se font en général au métré, toute la science du candidat est de déceler les erreurs dans les estimations de l'administration, afin de gonfler les prix par quantités sur les quantités qui seront revues à la hausse...

Le mouvement actuel qui veut que les avocats et les juristes soient devenus un centre de profit de l'entreprise comme un autre, touche aussi le bâtiment et les travaux publics, et les grosses sociétés renforcent actuellement leurs services juridiques. La concurrence devient donc de plus en plus inégale entre les entreprises qui auront les moyens de mener un action devant le tribunal administratif et d'attendre plusieurs années un paiement, et les PME qui n'ont ni service juridique compétent pour soutenir leur point de vue, ni la trésorerie nécessaire pour tenir jusqu'à la fin du procès. Un acheteur public a ainsi reconnu que, lors d'une négociation sur un avenant, le fait d'éviter le recours en justice et de donner une somme, beaucoup plus faible, immédiatement, était un des points clefs de la négociation, tout particulièrement avec les petites entreprises.

La taille de la collectivité locale et les moyens dont elle dispose sont aussi essentiels pour pouvoir négocier dans de bonnes conditions. Un entrepreneur nous a confié qu'une entreprise a pu à une certaine époque impunément insérer des lignes dans des contrats après leur signature, ce qui prouve à quel point il y a des maîtres d'ouvrage qui étaient dépassés par l'ampleur de leur tâche.

L'évaluation de l'importance du phénomène des avenants est très difficile à quantifier, et ceci pour plusieurs raisons. D'abord parce qu'ils sont entrés dans la comptabilité publique comme des contrats indépendants et que la CCM n'est donc pas en mesure de faire des statistiques sur le sujet. Les acheteurs publics préfèrent de leur côté ne pas parler de ce qui reste pour eux une charge supplémentaire et imprévue pour le contribuable et dont ils n'ont pas réussi à garder le contrôle. Enfin, les entreprises ne souhaitent pas se faire un réputation à ce sujet qui pourrait leur nuire pour ce qui est de l'obtention de nouveaux marchés. Un silence coupable est donc entretenu sur ce sujet, qui est pourtant de l'avis de tous les acteurs impliqués dans l'achat public absolument essentiel.

Si on ne peut empêcher les entreprises d'utiliser la loi pour faire valoir leurs droits, il nous paraît cependant essentiel de renforcer très nettement les exigences sur la préparation des dossiers, afin qu'ils contiennent le moins possible de failles, et de se donner les moyens d'un contrôle beaucoup plus rigoureux de l'exécution des chantiers.

I.C.4. Les ententes.

Elles n'étaient pas jusqu'à il y a peu passibles de sanctions pénales, et s'étaient largement généralisées. L'affaire du T.G.V. nord qui fait aujourd'hui grand bruit témoigne de l'ampleur qu'elles ont pu prendre. Il est frappant, quand on en parle avec des entrepreneurs, de constater qu'elles étaient entrées dans les habitudes comme une pratique courante de gestion, qui permettait d'obtenir une juste rémunération du travail à accomplir. L'évidence de pièces du dossier du T.G.V. nord montre à quel point les entrepreneurs avaient le sentiment d'agir en toute impunité.

On ne peut donc pas les considérer comme une conséquence de la crise et des prix anormalement bas. Mais le fait qu'elles soient aujourd'hui l'objet d'enquêtes de grande ampleur, joue sans aucun doute dans l'abaissement spectaculaire du niveau des prix actuels.

La lutte contre les ententes n'entre que lentement dans les habitudes des acheteurs publics, et on nous a cité le cas de dossiers de candidatures qui ne différaient tous que sur un seul prix parmi des dizaines d'items... C'est le devoir des acheteurs publics de prêter attention à ce genre de détail afin de pouvoir détecter des ententes qui peuvent conduire à des surfacturations particulièrement importantes. Dans le cas de l'affaire du T.G.V. nord, le chiffre de 75 MF est avancé par la Cour des Comptes.

Mais si la nécessité du combat contre les ententes est évidente, la responsabilité de l'acheteur public de se doter de méthodes d'achats qui garantissent de saines règles de concurrence ne l'est pas moins.

I.C.5. Les groupements de PME.

Les PME étant de plus en plus tenues à l'écart de l'accès direct aux marchés, ont plus souvent recours que par le passé, afin d'éviter la sous-traitance, au groupement. Cette tendance reste cependant très marginale, et il n'y aurait que 10 000 groupements recensés pour 300 000 entreprises.

Il existe deux types de groupements : les groupements conjoints et les groupements solidaires. L'avantage du groupement solidaire, pour le maître d'ouvrage, est qu'il permet d'avoir un interlocuteur unique en face de lui, tous les entrepreneurs étant solidaires face aux éventuels aléas (faillite de l'un d'entre eux, incapacité technique...). Inversement, on imagine bien que les entrepreneurs ont une réticence naturelle à former des groupements

solidaires, si ils n'ont pas une confiance totale en leurs partenaires, ce qui est très délicat en période de récession.

Enfin, il faut signaler que la conjoncture très fluctuante actuelle pousse les entreprises davantage vers les groupements ad hoc que vers les groupements permanents. Un chef d'entreprise nous a ainsi déclaré être le seul survivant d'un groupement formé il y a vingt ans entre une vingtaine de PME !

Face aux dysfonctionnements de la commande publique que nous avons analysés et dans un contexte difficile de crise économique, le gouvernement a entrepris en 1995 de préparer un projet de réforme que nous présentons dans la partie suivante. Ce projet n'a pu être voté par la précédente assemblée avant sa dissolution et son avenir n'est pas connu actuellement. Cependant nous pensons que ce texte mérite d'être analysé ici, même s'il n'apportait naturellement pas des solutions à tous les problèmes.

I.D. La réforme du code : des solutions partielles mais utiles

I.D.1. La préparation de la réforme

La réforme du code des marchés publics a été décidée dans la volonté d' "unifier et simplifier les législations existantes afin de les rendre plus accessibles aux usagers et aux citoyens" et précédée d'une mission parlementaire confiée en septembre 1995 à M. Trassy-Paillogues, député et ex-chef d'entreprise du BTP.

L'objectif dépassait la simple volonté de simplification puisque la lettre de mission signée du Premier Ministre fait référence à un "certain nombrs de dysfonctionnements" dans "l'application concrète des textes." L'objectif sera donc fixé, à la fois large et ambitieux : permettre de donner à la commande publique "un cadre juridique cohérent et adapté à la réalité économique actuelle, dans le strict respect des principes de transparence des choix et d'égalité dans la concurrence, et qui puisse également procurer à l'acheteur public une sécurité juridique accrue".

Le point très positif de la préparation de cette réforme a été l'importance de la concertation qui lui a été attachée. M. Trassy-Paillogues a cherché à s'informer de tous les points de vue en rencontrant non seulement les administrations de contrôle mais aussi les acheteurs publics de tous les niveaux ainsi que les différentes associations professionnelles. Ses rapports ont été largement diffusés et tous ont pu s'exprimer sur le sujet. Son dernier rapport a été remis en mars 1996.

Un sondage a ensuite été réalisé auprès des élus des collectivités locales sur le sujet et il a obtenu le chiffre record de 13000 réponses, la plupart d'entre elles insatisfaites du code

actuel. Le grand nombre de réponses obtenues prouve l'intérêt que tous accordent à ce sujet.

Le ministre lui-même a ensuite rencontré les principaux acteurs de la commande publique et organisé des réunions de travail. Le texte de l'avant-projet de loi a pu alors être rédigé par la Commission Centrale des Marchés et soumis aux critiques des fédérations professionnelles et d'élus.

La seconde étape du processus, à savoir la rédaction du projet de loi lui-même, ainsi que la préparation des décrets d'application a été confiée au ministère de l'Économie et des Finances et plus particulièrement à la Commission Centrale des Marchés.

Le but d'une concertation aussi large a été d'obtenir l'adhésion de tous afin, non seulement d'aboutir à un texte qui tienne au maximum compte des préoccupations de chacun, mais surtout d'éviter que la loi soit complètement défigurée par un nombre très important d'amendements parlementaires qui viendraient des différents "lobbies", qui ont tous des intérêts très forts en jeu...

I.D.2. Les débats et points de vue

La concertation très large a donc permis à tous d'exprimer leur point de vue, et a été l'occasion de débats très animés dont nous allons retracer les grandes lignes.

A. La question du mieux-disant

C'est un vieux débat, puisque, contrairement à ce qu'on a pu lire dans les journaux à l'occasion de la sortie du projet de réforme, les anciennes règles permettaient déjà de choisir le mieux disant, en le définissant à l'aide de quatre critères simples :

- le prix
- le coût d'utilisation
- le délai
- la qualité technique

Pour schématiser, les tenants du moins-disant considèrent que le mieux disant est la porte ouverte à la corruption, puisqu'il laisse le choix au libre arbitre de l'acheteur public, sur des critères qui ne sont pas toujours parfaitement quantifiables (la qualité technique, par exemple).

Les partisans du mieux-disant signalent quant à eux l'absurdité du choix d'un équipement complexe sur la base de son seul coût de construction. Un équipement deux fois moins cher à l'achat peut s'avérer trois fois plus cher à l'entretien, si les matériaux choisis ne résistent pas au vieillissement. C'est pourquoi Bruxelles a défini le concept d'offre économiquement la plus avantageuse.

Mais beaucoup, dont des représentants de fédérations professionnelles, s'interrogent sur les risques de dérives liés au mieux disant : toute règle laissant de la place au libre arbitre de l'acheteur public ne peut empêcher la corruption. Le moins-disant n'est par ailleurs pas non plus une solution définitive à la question. Dans le domaine des TP où les chantiers sont en général payés au métré, par exemple, si l'entreprise est informée à l'avance de quantités qui sont surestimées dans l'évaluation du maître d'oeuvre, elle pourra remettre une offre plus basse en ayant la garantie de pouvoir compenser un faible prix par un travail plus important. Elle peut aussi avoir reçu l'assurance qu'on ne viendra pas regarder en détail la correspondance entre les quantités qu'elle facturera et celles qu'elle aura effectivement mises en place. Si l'on n'a pas résolu la question de la préparation des projets et du contrôle a posteriori de l'exécution, on ne peut espérer résoudre celui de la corruption.

Le Conseil de la Concurrence ne s'est exprimé sur la question que du point de vue de la lutte contre les ententes, et estime donc que les critères du choix ne doivent pas être connus des entreprises. Il est le seul à adopter une telle position de principe qui est radicalement opposée à celle des entreprises.

B. L'élimination des offres anormalement basses

Les principales fédérations professionnelles, FNB et FNTP, ont maintenu au cours des discussions une position très ferme sur la question, en réclamant un rejet obligatoire des offres anormalement basses, alors que le législateur a préféré exiger de l'acheteur public qu'il réclame des justifications des offres anormalement basses, sans pour autant l'obliger à les rejeter.

La question est très délicate, compte tenu de la très grande difficulté de définir une offre anormalement basse (doit-on se baser sur sa différence avec les offres concurrentes, l'estimation de l'administration, ou plutôt étudier le sous-détail de prix...). La FNTP a proposé une méthode de détection arithmétique : toute offre inférieure de plus de 10% à la moyenne des autres offres était supposée particulièrement basse. Certains, arguant que les offres anormalement basses étaient une forme de concurrence déloyale, ont préconisé de confier à l'autorité judiciaire la mission de déterminer si une offre constituait une distorsion de concurrence, si elle était une offre "prédatrice". Si cette proposition est en phase avec le poids croissant de la justice dans la société, elle n'est évidemment pas opérationnelle compte tenu de l'encombrement de la justice, tenue par son principe de double jugement. Il est par ailleurs loin d'être évident qu'un juge sera davantage capable qu'un spécialiste de l'achat public de déterminer si une offre est trop basse ou pas : le problème est bien plus complexe que celui de la revente à perte.

L'estimation de l'administration n'est pas toujours une référence absolue puisqu'elle est souvent loin de la réalité du terrain. Elle se base nécessairement sur son expérience

antérieure des prix, ce qui peut conduire à la tromper quand il y a une guerre des prix, ou au contraire une entente. On nous a ainsi cité le cas de travaux de génie civil pour une autoroute évalués à 140 MF par l'administration, et attribués pour 88 MF...

M. Trassy-Paillogues propose dans son rapport final de définir l'offre abusivement basse comme celle qui ne couvre manifestement pas les coûts du marché. Ce terme recouvre pour lui les coûts directs, à savoir les fournitures, les salaires mais aussi les coûts de matériels (amortissements ou location).

Ce débat doit cependant être remis dans une perspective européenne : la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice interdit en effet toute élimination obligatoire d'offres déclarées anormalement basses sur la base de critères purement mathématiques.

C. La question de la sous-traitance

C'est un sujet particulièrement délicat puisque la sous-traitance atteint dans le BTP des proportions parfois étonnantes, et il fut impossible de trouver un accord parmi les entrepreneurs sur le sujet, puisque les représentants des "majors" souhaitaient laisser le sujet libre alors que les représentants des petites entreprises demandaient un encadrement plus strict de la sous-traitance. Toutefois, la plupart des entrepreneurs sont favorables à plus de transparence sur la question.

M. Trassy-Paillogues proposait d'obliger les sous-traitants à réaliser au moins la moitié de ce qui leur était demandé, afin d'éviter de trop longues cascades de sous-traitants. Il recommandait aussi d'exiger avant chaque paiement d'obliger l'entreprise attributaire à rendre compte de la répartition de l'exécution entre les entreprises qui l'ont assurée et du prix qui leur a été versé.

Les PME considèrent à juste titre que c'est la question la plus importante, en ce qui les concerne, puisque, comme nous l'avons vu dans la première partie, elles ont de plus en plus de mal à accéder directement aux marchés publics.

D. Remarques diverses :

Les professionnels avaient réclamé un code séparé pour les travaux, arguant de la spécificité du BTP, dont les exigences n'avaient rien à voir avec celles des fournisseurs de matériel informatique. Cette remarque se fondait aussi sur le fait que Bruxelles avait rédigé une directive travaux particulière.

Par ailleurs les élus se plaignaient de perdre trop de temps lors de l'ouverture des deux enveloppes, et M. Trassy-Paillogues a relayé cette idée en recommandant que les enveloppes soient préalablement ouvertes en présence d'un élu de la commission par les services techniques concernés.

I.D.3. Le projet de réforme et ses innovations

A. La simplification

Elle progresse sur plusieurs points, mais surtout de façon globale : la taille du code est divisée par deux, ceci notamment grâce à la fusion des dispositions relatives aux marchés de l'État et des collectivités locales. Cette simplification de la taille reste cependant relative car de nombreux points sont reportés aux décrets d'application.

Parmi les simplifications ponctuelles, on note la disparition du système d'adjudication qui n'était quasiment plus employé, et le relèvement du seuil des marchés négociés, moins formels donc plus simples à gérer, de 700 000F à 1 300 000 F. Ce point est cependant à nuancer car le marché négocié est lui-même modifié vers plus de rigueur et donc, inévitablement, plus de complexité : ce serait désormais la commission d'appel d'offre, qui au vu des procès-verbaux de négociation attribuerait les marchés.

Enfin, un point qui peut paraître anecdotique, mais auquel les élus des collectivités locales attachent beaucoup d'importance : les offres pourront être ouvertes avant la tenue de l'assemblée délibérante (sous réserve de la présence d'un membre de la commission des marchés), pour vérifier la présence des justificatifs nécessaires. Cette mesure simple en apparence permettra des gains de temps appréciables pour les membres des commissions.

B. La transparence

Elle progresse surtout au sujet de la commission des marchés, dont le rôle s'accentue, surtout dans le cas de la procédure négociée pour les marchés des collectivités locales, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent. Des obligations d'information sont par ailleurs exprimées, et les entreprises non attributaires peuvent réclamer les motifs du rejet de leur offre.

Par ailleurs, le détournement du système de l'appel d'offre infructueux ne se fera plus dans les mêmes conditions, puisqu'en cas d'appel d'offre infructueux, il faudra repasser le marché sous la même forme que celui qui avait été déclaré infructueux : on ne pourra plus manipuler les critères pour passer en marché négocié (plus confidentiel...), après avoir déclaré l'appel d'offre infructueux. Ce point est très important dans la mesure où M. Galland avait évoqué le chiffre de 70% d'appels d'offre déclarés infructueux.

Mais, sur la question de la transparence, le projet de réforme ne répond pas à toutes les attentes. Ainsi la procédure d'adjudication pour laquelle l'ouverture des offres était publique disparaîtrait. On peut regretter que l'idée d'une ouverture publique des offres, ou tout du moins la diffusion, au public ou aux seuls candidats, de la liste des soumissionnaires avec le montant de leurs offres favorisant ainsi la transparence mais aussi la qualité de la concurrence, n'ait pas été retenue.

C. La question du mieux-disant

Il est important de signaler que le projet de code offre, dès l'article 4, la possibilité de choisir l'approche performantielle, qui permet une très grande liberté de proposition aux candidats et impose donc une obligation de choix à l'acheteur public sur la base des performances des différentes solutions proposées.

La définition du mieux-disant sera encadrée par le décret d'application de la loi qui dresse un liste exhaustive de 19 critères parmi lesquels l'acheteur pourra choisir les critères qu'il juge utiles à la bonne attribution de son marché, critères qu'il devra inclure dans le règlement de la consultation.

La liste des critères prévus par le projet de décret comprend des critères très classiques, comme le coût d'utilisation, et d'autres beaucoup plus politiques comme les modalités de la sous-traitance. Il est intéressant de voir que la proposition d'A. Trassy-Paillogues qui recommandait de prendre en compte le risque de non achèvement du chantier, a été retenue puisqu'on trouve parmi les critères "les garanties assurant la qualité dans l'exécution des prestations".

La possibilité de choisir le mieux-disant est donc maintenue, et même explicitement élargie à des critères qui ne sont pas cités dans le code actuel.

D. L'accès aux marchés publics

La présélection sur la base de l'examen des capacités techniques et financières est maintenue. Mais toujours sans vraiment préciser sur quelles bases cette analyse pourrait se faire. La question des garanties exigibles par l'acheteur public n'est pas évoquée, bien qu'elle soit un sujet de débat, comme nous le verrons par la suite.

Les PME, qui auraient souhaité bénéficier de mesures spécifiques, ne sont pas particulièrement favorisées, et la question de l'allotissement est laissée à l'appréciation des acheteurs publics.

Par contre, la question des groupements est abordée de façon très souple, puisque les groupements ne sont pas obligés d'avoir une forme juridique établie pour soumissionner. Ce point nous paraît particulièrement positif pour les PME, dont l'accès aux marchés publics se fera de plus en plus sous forme de groupements souples et temporaires. Cette mesure leur laisse donc les moyens de soumissionner ensemble à des appels d'offre sans pour autant se lier de façon durable, ce qui pourrait être inutile pour d'autres contrats.

E. Le statut de la sous-traitance

Le projet de code apporte dans ce domaine de nombreuses innovations, très favorables au statut des sous-traitants, et qui répondent en partie aux demandes des élus locaux qui voulaient maîtriser les dérives du système actuel. En effet, l'acheteur public pourra utiliser les modalités de la sous-traitance comme critère d'attribution du marché. Les conditions

de la sous-traitance seront donc plus claires, puisque les offres devront indiquer les noms et capacités des sous-traitants.

Toutefois, la part de sous-traitance n'a pas été réduite, et seule la sous-traitance intégrale est interdite. Mais le projet de code précise explicitement : "Le donneur d'ordre peut faire de la limitation de sous-traitance un critère de sélection de candidature ou de choix de l'offre."

Enfin, le paiement direct n'est pas étendu au-delà des sous-traitants de rang un, mais tout le monde reconnaît qu'une telle mesure serait très difficilement applicable, pour des raisons techniques.

La projet de code des marchés publics apporte donc des évolutions tout à fait notables, dans de nombreux domaines de l'achat public, qui devraient servir les intérêts à la fois des maîtres d'ouvrages et des entreprises.

Cependant, il n'apporte pas selon nous de réponses aux problèmes les plus graves que nous avons évoqués, et qui tiennent aux habitudes qu'ont prises les acheteurs publics et les entreprises au cours de ces dernières années. C'est afin de contribuer à la réflexion sur ces sujets que la suite de cette étude portera sur les systèmes et les pratiques en vigueur à l'étranger.

II. Des systèmes européens qui convergent progressivement.

II.A. Les particularités nationales.

Sous l'effet de la transposition des directives européennes dans le droit interne de chaque pays, une harmonisation des procédures dans les pays européens est en cours. Néanmoins les pratiques présentent encore des différences notables, chaque système national résultant d'un héritage historique, d'organisations administratives très diverses où l'autonomie des acteurs locaux est très variable, et reflétant une certaine conception du rôle de l'État. La différence existe essentiellement entre les pays de droit latin écrit, aux procédures plus strictes (France, Espagne, Italie), et les pays sous influence anglo-saxonne, plus souples et pragmatiques (nous examinerons en particulier les cas du Royaume-Uni et de l'Allemagne).

II.A.1. Le Royaume-Uni.

Les achats publics y représentent environ 400 milliards de francs seulement, du fait des privatisations. Le secteur du BTP sort beaucoup plus difficilement de la récession que le reste de l'économie britannique. Le chiffre d'affaires global de la profession a reculé de 6.8% en 1991, 3.9 % en 1992 avec une croissance de 3.2% en 1994 mais à nouveau un recul de 2% en 1995. Comme dans beaucoup de pays, la dépense publique en matière d'infrastructures est en régression.

Les marchés des acheteurs publics sont soumis au droit commun des contrats, avec des règles proches de celles du droit privé. Les différents donneurs d'ordre s'auto-réglementent et appliquent les règles qu'ils se fixent eux-mêmes. Il n'existe pas de code général qui réglemente la passation des marchés publics. Chaque ministre, organisme mandataire ou collectivité locale dispose d'une réelle autonomie dans la limite de son budget, d'où la multiplicité des procédures existantes. Il existe plusieurs listes de fournisseurs agréés.

Les entrepreneurs travaillent sur la base d'un devis quantitatif extrêmement détaillé, le "bill of quantities" dont des "chartered surveyors" contrôlent le respect.

Un élément fondamental de la passation des marchés publics au Royaume-Uni est l'objectif assigné aux acheteurs, à savoir la "best long-term value for money", c'est-à-dire l'obtention du meilleur rapport qualité-prix. L'acheteur est ainsi jugé bien plus sur les conditions qu'il obtient de ses fournisseurs que sur le strict respect des textes. Les procédures elles-mêmes d'appels d'offres ouverts et restreints et de marchés négociés sont les mêmes que dans les autres pays européens, la règle de base étant l'appel d'offres restreint (90 % des marchés publics de travaux) sur la base d'une liste de fournisseurs connus propre à chaque service achats.

Néanmoins, depuis quelques années, on assiste à un réel effort d'harmonisation des procédures de passation des marchés publics. En 1984 a été créé le CUP ("Central Unit on Purchasing") au sein du Treasury's Procurement Group du Ministère des Finances qui conseille les différents ministères sur la manière la plus efficace de procéder aux achats du secteur public.

L'ensemble des directives européennes relatives aux marchés publics est maintenant transposé en droit britannique.

Enfin, le gouvernement britannique a lancé en 1992 le Private Finance Initiative, programme destiné à encourager le financement privé des équipements publics. Accueilli favorablement par la profession, ce programme fait cependant l'objet de sévères critiques portant sur les retards et les coûts élevés qu'il occasionne.

II.A.2. L'Allemagne.

Les marchés publics y représentent environ 8 % du PIB, soit 250 milliards de DEM en 1993[7].

Les entrepreneurs allemands ont connu des difficultés plus tardives que leurs voisins européens, du fait du boom qui a suivi la réunification.

Les textes, relativement récents, qui gèrent les marchés publics, sont le VOB (1947) pour les marchés de travaux et le VOL (1974) pour les marchés de fournitures.

L'organisation de la commande publique y est naturellement fortement marquée par le caractère fédéral du cadre institutionnel allemand. Comme au Royaume-Uni, les achats sont extrêmement décentralisés, sans schéma type qui s'impose à tous les acheteurs.

Les procédures de passation sont les procédures classiques, répondant aux règles de la concurrence. Le gré à gré n'est possible que lorsque les procédures d'appels d'offre ouvert et restreint sont inapplicables. La sélection de l'offre se fait sur le principe de l'offre économiquement la plus avantageuse car "le prix le plus bas n'est pas seul décisif".

Un des problèmes principaux des procédures allemandes reste le défaut de publicité centralisée et la protection du marché intérieur grâce à un puissant système normatif (mission du DIN). Une entreprise étrangère souhaitant travailler en Allemagne doit en réalité y être implantée par l'intermédiaire d'une filiale (afin de se faire "référencer" auprès des intermédiaires de conseil et des centrales d'achats des différents pouvoirs publics) et bien maîtriser les règles et pratiques du marché allemand. Dans les faits, peu d'entreprises françaises parviennent à travailler en Allemagne.

La politique allemande est très favorable aux entreprises, qui disposent d'un marché intérieur protégé par les normes DIN et les listes de référence de chaque acheteur, le plus

---

[7] Source : BMWI, octobre 1994, cité dans le Guide des Marchés Publics dans l'Union Européenne, éd. du CFCE, par la DREE et la CCM, 1995.

grand nombre de marchés étant passés à la suite de procédures négociées ou restreintes. Autre exemple de cette politique, un régime préférentiel en faveur des PME est-allemandes a été mis en place après la réunification.

Il faut noter que la transposition des directives communautaires en droit interne allemand constitue réellement une "nouvelle approche" des marchés publics pour tous les opérateurs, ce secteur ayant longtemps été peu ou pas réglementé par ce type de législation.

II.A.3. L'Italie.

Les procédures de passation y sont les procédures classiques d'adjudication, d'appel d'offres et de marché négocié. L'appréciation des offres peut être effectuée par le pouvoir adjudicateur sur la base de cinq modes d'appréciation, parmi lesquels le prix le plus bas, mais aussi des systèmes originaux basés sur la moyenne arithmétique des offres retenues dans une fourchette prédéterminée. Ces systèmes, dits du "bulletin secret" et ses variantes, incompatibles avec la réglementation et la jurisprudence européennes[8], sont probablement voués à disparaître.

Pour participer aux marchés publics de travaux, l'inscription au registre national des constructeurs (Albo Nazionale dei Costruttori), permettant de juger les capacités techniques et financières des candidats, est théoriquement obligatoire. Pour les marchés de fournitures, il existe presque autant de registres que de pouvoirs adjudicateurs, ce qui peut paraître assez effrayant.

Le secteur du BTP italien subit comme le BTP français une douloureuse récession : depuis 6 ans, ce secteur a connu en effet une chute sensible des investissements (plus de 110 MdF).

Dans le contexte des "affaires" qui ont vu la condamnation d'hommes politiques et de chefs d'entreprises sur les conditions de passation de marchés publics, le cadre juridique de la passation des marchés publics en Italie semble assez mouvant, sous l'effet de réformes successives tendant à améliorer la transparence et la rigueur des processus et à s'inspirer des principes des directives européennes. Ces affaires ont vu la mise en cause personnelle d'un grand nombre de fonctionnaires et d'élus, et ont débouché sur une réelle crise, paralysant beaucoup d'acheteurs publics.

La loi Merloni, approuvée par le Parlement en janvier 1994 et portant réforme des procédures d'appels d'offre ayant trait aux marchés publics dans le secteur du BTP, a introduit de nouveaux principes de concurrence pour une meilleure transparence et plus de

[8] La Cour de Justice européenne a déjà condamné un acheteur italien (le stade de Milan) pour l'élimination automatique, par une méthode arithmétique, d'offres anormalement basses.

rigueur dans la gestion des dossiers d'adjudication. Cette loi-cadre instituait en particulier la création d'une autorité de garantie et d'un comité de surveillance, l'abolition du registre national des constructeurs et la séparation des activités d'études et des activités de construction.

Néanmoins l'application de la loi Merloni a été suspendue en mai 1994 sous la pression en particulier de l'ANCE, l'association nationale des constructeurs, et son application intégrale a été reportée au 31 janvier 1997.

L'Italie a transposé dans son droit national les directives européennes 40/89 et 37/93 sur les marchés publics de travaux.

II.A.4. L'Espagne.

En Espagne, la loi de 1995 portant approbation du nouveau code des marchés publics et visant à plus de transparence dans l'attribution des marchés publics a notamment transcrit les directives travaux, fournitures et services.

Le droit espagnol des marché publics est très proche du droit français. En particulier les procédures de passation (adjudication, appel d'offres, marché négocié) sont envisageables dans des circonstances à peu près similaires.

En revanche, il existe en Espagne un système officiel de classification des entrepreneurs agréés. Cette classification est opérée par la Junta Consultativa de Contractacion Administrativa qui relève du ministère de l'Économie et des Finances. Néanmoins cette classification dont relèvent obligatoirement les entreprises espagnoles souhaitant soumissionner pour un marché au-delà d'un certain seuil n'est pas imposé aux entreprises étrangères voulant travailler en Espagne.

II.A.5. Autres particularités intéressantes.

A. Aux Pays-Bas : les ententes officielles.

Le système hollandais mérite attention pour son originalité au sein des différents systèmes européens, mais il évolue progressivement vers le modèle des directives communautaires.

Face aux dangers que fait peser sur les entreprises de BTP l'extrême variabilité du volume d'activité en fonction des contrats décrochés, les Pays-Bas ont développé des solutions originales. Jusqu'en 1993, l'administration (par l'intermédiaire d'une centrale d'achat, le NIC) établissait de façon paritaire avec les entreprises des listes de sociétés agréées, sur lesquelles figuraient des montants de parts de marché (contrats annuels). Par ailleurs, les entreprises, toujours avec l'accord de l'administration hollandaise, se répartissaient les frais d'étude des offres, en les faisant rembourser par l'entreprise attributaire.

Sans porter de jugement de valeur sur ces systèmes, on peut se contenter de constater qu'ils ont des conséquences protectionnistes très nettes, et qu'ils sont donc condamnés à terme par l'action de l'Union européenne et plus généralement, par les accords de libre échange.

Les Pays-Bas ont donc mis leur législation en accord avec les directives européennes et s'attachent à progressivement régulariser leurs pratiques.

B. En Belgique : contrôle des oligopoles.

La Belgique a choisi, quant à elle, afin d'éviter les oligopoles, de fixer un montant limite, par entreprise, au total des chantiers à exécuter simultanément. Cette limite est fixée par une Commission centralisée (créée en 1972) qui établit un registre des entreprises agréées. C'est un moyen comme un autre d'aider les PME !

Par ailleurs, le rejet d'une offre jugée anormalement basse ne peut avoir lieu qu'après demande d'explications par écrit.

II.A.6. Conclusion.

A l'issue de ce bref tableau comparatif, on peut remarquer que des préoccupations se retrouvent fréquemment d'un pays à l'autre :

- le souci d'organiser une saine concurrence, mais souvent sur la base de registres d'entreprises agréées, ou de normes protectrices ;

- la volonté fermement affichée de ne pas considérer le prix comme seul critère de choix (la procédure d'adjudication n'existe d'ailleurs pas dans certains pays, ou est très peu utilisée comme en France). Les critères les plus fréquemment mentionnés sont, outre le prix, la qualité, les délais et le service après-vente, mais suivant les pays d'autres critères peuvent apparaître comme le respect de l'environnement en Suède ;

- la nécessité d'aider les PME à accéder aux marchés publics.

II.B. Une harmonisation imposée par les directives européennes.

II.B.1. La réglementation européenne.

A. Les directives en vigueur.

Le 14 juin 1993, le Conseil des Communautés européennes a adopté trois directives codifiant chacune l'ensemble des règles communautaires relatives à un secteur.

Ainsi, la directive "travaux" n°93/37/CEE annule et remplace la directive du 26 juillet 1971 ainsi que ses modifications. La directive "fournitures" n°93/36/CEE annule et remplace la directive du 21 décembre 1976 ainsi que ses modifications. La principale source de complexité du droit communautaire reste le traitement des secteurs "exclus" qui

correspondent à peu près à nos services publics traditionnels et qui font l'objet de la directive n°93/38/CEE.

Ce dispositif communautaire s'applique dans les États-membres au-delà des seuils suivants (HTVA):

- pour les fournitures : 200 000 écus (environ 1,4 MF) ou 134 000 écus, environ 0,95 MF (seuil GATT, valable en 1991, s'appliquant à certains organismes relevant de l'État central) ;

- pour les travaux : 5 000 000 écus (environ 34 MF).

A titre d'exemple, la construction par une collectivité locale d'une mairie (en moyenne 5 MF), d'une école (10 MF) ou d'une maison de retraite (30 MF), ne seront généralement pas soumises aux directives communautaires, à l'inverse d'ouvrages plus importants tels qu'un lycée (60 MF) ou d'un musée (100 MF).

En-deça de ces seuils, les procédures nationales évoquées plus haut continuent à s'appliquer, mais les marchés passés dans ces conditions restent bien sûr soumis au droit européen de la concurrence (art. 85 et 86 du traité en particulier).

B. Principes généraux de passation des marchés dans la directive "travaux".

1. Le choix de la procédure.

Le choix est laissé à l'acheteur entre la procédure ouverte et la procédure restreinte. Pour cette dernière, la directive préconise la présélection d'au moins 5 entreprises (et au maximum 20). Dans certains cas (grossièrement similaires à ceux du code français), la procédure négociée avec ou sans publicité est autorisée. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent autoriser les variantes.

2. Les critères de sélection des offres.

Les critères d'exclusion sont proches de ceux du code (faillite, liquidation, faute professionnelle grave, non-paiement du fisc ou de la sécurité sociale etc.).

Les critères d'attribution sont :

- soit le prix le plus bas ;

- soit l'offre "économiquement la plus avantageuse".

Pour identifier cette dernière, l'acheteur doit se fonder sur des critères aussi objectifs que possible, qui doivent être précisés dans l'avis de marché ou le cahier des charges. La directive cite par exemple les délais, le coût d'utilisation, la valeur technique, la qualité esthétique ou fonctionnelle etc. Cette conception du mieux-disant est donc très voisine de la conception française.

Le traitement des offres anormalement basses est lui aussi similaire (demande d'explications par écrit à l'entrepreneur soumissionnaire).

3. Les préférences régionales ou sociales.

En matière de préférence régionale ou sociale (incitation à la création d'emplois, comme par exemple l'utilisation du "mieux-disant social" en France, ou encore la préférence pour les sociétés coopératives inscrite dans le code), la Commission demande aux pays concernés d'abolir progressivement leurs pratiques en les remplaçant par des actions en vue d'une meilleure participation des PME aux marchés publics. Elle ne s'oppose pas néanmoins à l'utilisation de ces systèmes de préférence en dessous des seuils européens, si ces mesures sont totalement transparentes et sans impact économique significatif.

C. Les dispositions communautaires en faveur des PME.

Deux communications récentes de la Commission au Conseil ont reflété sa préoccupation concernant l'accès réel des PME aux marchés publics.

L'égalité d'accès aux contrats publics pour les petites comme pour les grandes entreprises doit être garantie pour deux raisons principales :

- la présence de petites entreprises, plus souples et plus proches du marché, améliore la qualité de la concurrence et incite plus à la mise en place de solutions techniques innovantes ;

- le développement des PME contribuerait pour une part importante à la croissance et à l'emploi.

Néanmoins la Commission européenne exclut clairement toute mesure de discrimination directe ou indirecte des grandes entreprises en concurrence avec des PME (par exemple la possibilité de réserver certains marchés aux PME[9]).

Les mesures concrètes proposées par la Commission visent donc d'abord à améliorer l'information et la formation des PME (accès à la base de données TED, version électronique du Journal Officiel, programmes de formation dans le domaine des marchés publics...).

Concernant la division des marchés en lots, les directives marchés publics contiennent des dispositions qui peuvent favoriser de telles pratiques, tout en empêchant de contourner l'application des seuils par la scission artificielle des contrats. Cependant les directives laissent libres les pouvoirs adjudicateurs d'une division d'un marché en lots ou d'un recours à l'entreprise générale et à la sous-traitance, considérant que l'opportunité de cette division dépend de facteurs très variables.

[9] Ainsi que cela se pratique parfois aux Etats-Unis.

En outre, la Commission promeut l'utilisation du groupement européen d'intérêt économique (GEIE) pour favoriser la coopération transnationale entre entreprises permettant aux PME d'acquérir la crédibilité et la capacité nécessaires pour participer aux marchés publics, en particulier à l'export. Le GEIE, inspiré du GIE français, a été créé par un règlement du Conseil en 1985 et est, avant la création d'une société européenne, la seule entité rattachée directement au droit communautaire. Les GEIE sont cependant très peu connus et utilisés par les PME françaises, qui semblent plus généralement réticentes à l'idée de groupement, même à l'intérieur du marché français. La notion de groupement transnational reste très théorique.

De manière générale, force est de constater le décalage entre les bonnes intentions de la Communauté et ses propositions pratiques pour faciliter l'accès des PME aux marchés publics. La Commission a exprimé très clairement son rejet d'un protectionnisme spécifique à l'égard des PME (qui pourrait par exemple consister à leur réserver certains petits marchés) dans les termes suivants :"rien ne justifie le traitement spécial ou la protection des PME en général" (communication de la Commission, 1er juin 1992).

II.B.2. L'harmonisation des systèmes de pré-qualification.

La Commission a récemment chargé le CEN et le CENELEC d'étudier la possibilité d'harmoniser le système des qualifications dans le domaine de la construction. Cette harmonisation est prévue à l'horizon 2001. Elle devrait permettre l'amélioration de l'ouverture des frontières internes à l'Europe, en supprimant des barrages tels que les normes allemandes actuelles, et en diminuant le coût à l'export pour les entreprises. Cette opération s'avère très ambitieuse, compte tenu de la diversité des normes nationales existantes et de l'importance économique de l'enjeu.

II.B.3. Une ouverture des marchés encore insuffisante.

Malgré les efforts (laborieux) de transposition des directives par les États-membres, l'ouverture des marchés publics européens est encore très décevante. Les "chasses gardées nationales" dénoncées par le Livre blanc de 1985 existent toujours.

La communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil intitulée "Impact et efficacité du marché unique" et publiée en 1997 soulignait que "le chiffre de 10 % pour les importations effectuées dans le cadre des marchés publics est décevant". Il faut bien noter que ce chiffre inclut les achats de fournitures, dont certaines peuvent être importées à 15 ou 25 % par les administrations. Pour les importations de travaux, le taux de pénétration est naturellement inférieur à ces 10%, et on l'estime plutôt de l'ordre de 3 à 4 %, ce qui reste très faible.

Il reste évident, que dans une profession comme le BTP, la méconnaissance des habitudes locales, les surcoûts liés à l'éloignement du chantier et le risque monétaire constituent toujours des barrières importantes à l'export.

II.B.4. L'harmonisation progresse néanmoins.

La même communication de la Commission évoque également "les retards importants pris dans la transposition des directives sur les marchés publics et dans leur application effective". Il y a actuellement 39 procédures en cours pour défaut d'application ou application insuffisante des directives. Et globalement, seuls trois États membres ont d'après la Commission transposé et appliqué effectivement toutes les directives.

Comme le note J.P. Gohon[10], l'hétérogénéité des pratiques relatives à la passation des marchés publics européens a longtemps servi les protectionnismes nationaux, qui sont lents à s'effacer. Néanmoins l'harmonisation des textes progresse, et les pratiques s'alignent, avec plus ou moins de difficultés, ainsi que nous l'avons vu dans les cas du Royaume-Uni et des Pays-Bas. "Nous avons la législation, il faut que les forces du marché la fassent fonctionner", annonçait le Commissaire Vanni d'Archirafi dans son propos introductif aux travaux organisés par la Commission en janvier 1994. La Commission considère que les outils juridiques étant acquis, il convient d'en consolider l'application avant tout nouveau développement de la réglementation, à l'exception des mesures nécessaires à la transposition de l'accord GATT (qui porte sur les marchés de fournitures).

Pour la France, cette harmonisation se fait sans grande douleur (à l'exception du problème des "secteurs exclus" et des concessions), les directives étant comme nous l'avons souligné très inspirées du code des marchés publics français.

II.C. D'autres contraintes internationales pèsent lourdement : l'exemple de la Suisse.

Des pays n'appartenant pas à l'Union Européenne peuvent également subir des contraintes importantes sur leur droit des marchés publics, du fait d'accords internationaux ; ainsi, après avoir ratifié le 4 décembre 1995 l'accord de l'OMC sur les marchés publics, la Suisse a dû remplacer ses anciennes ordonnances par une loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994, qui modifie d'ailleurs également les procédures concernant les marchés qui n'atteignent pas les seuils de l'OMC.

Certaines des modifications apportées sont considérées comme de vraies révolutions. En particulier, est affirmée l'égalité de traitement entre entreprises suisses et entreprises provenant d'États signataires de l'accord.

Les procédures de préqualification doivent désormais être organisées officiellement et de façon transparente.

---

[10] Les marchés publics européens, J.P. Gohon, éd. PUF/Que sais-je ?, 1991.

La procédure de gré à gré n'est possible que dans certains cas particuliers, bien définis, alors que jusqu'à présent le choix de la procédure n'était pas codifié et entièrement laissé à l'acheteur.

Le choix de l'offre attributaire se fait selon le principe de "l'offre économiquement la plus avantageuse" et les critères de sélection doivent figurer dans l'appel d'offres, ce qui n'était pas imposé auparavant.

Enfin, les décisions du pouvoir adjudicateur peuvent maintenant faire l'objet d'un recours auprès d'une autorité juridictionnelle, une commission de recours ayant déjà été créée à cet effet.

On voit donc qu'au delà de l'harmonisation imposée par les textes communautaires, une certaine convergence des droits des marchés publics est imposée progressivement par les grands traités internationaux.

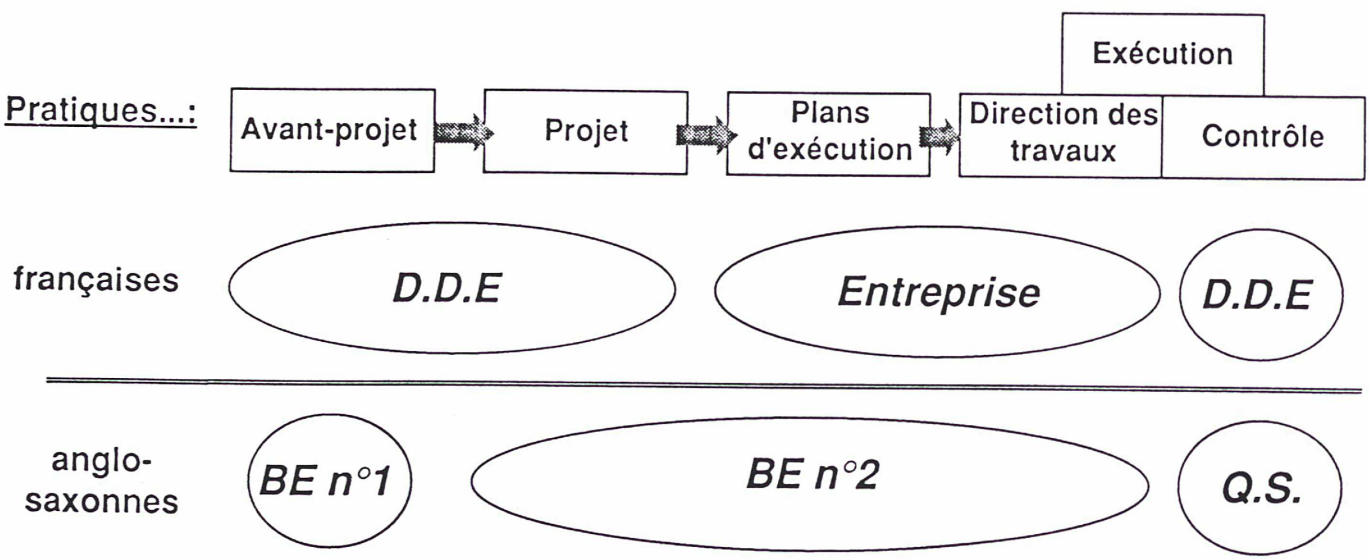
III. Les spécificités du système américain

III.A. Le rôle des cabinets d'ingénierie

Pour bien comprendre l'intérêt et les limites de la façon dont fonctionne la maîtrise d'oeuvre dans les marchés publics aux Etats-Unis, il faut le comparer à notre système, et on repère immédiatement la différence fondamentale : la séparation des compétences et des responsabilités est très poussée aux Etats-Unis alors qu'elle est beaucoup plus floue chez nous.

III.A.1. Comparaison franco-américaine sur la base d'un exemple type.

Afin que la comparaison soit la plus parlante possible, elle portera sur deux configurations typiques de logigrammes de projets de travaux publics :



On remarque immédiatement qu'il y a plus d'acteurs dans le cas américain et que leurs rôles sont clairs et délimités.

Dans un premier temps, en amont du projet, la réalisation de l'avant-projet est réalisée par un bureau d'étude différent de celui qui réalise le projet, ceci afin d'éviter que la connaissance approfondie de l'avant-projet ne donne un avantage injustifié dans la compétition pour être attributaire de la réalisation du projet lui-même. Le bureau d'étude qui a réalisé l'avant-projet n'a donc pas le droit de soumissioner à l'appel d'offre visant à attribuer le projet.

En France, la situation est souvent beaucoup plus confuse et cette règle est loin d'être toujours respectée puisque les ingénieries intégrées du secteur public ont souvent la charge et du projet, et de l'avant-projet, et jouent même parfois le rôle de mandataire pour le maître d'ouvrage lui-même, d'où une confusion complète des responsabilités.

Un peu plus avant dans le logigramme, on remarque que dans le cas français, c'est l'entreprise qui trace les plans d'exécutions, et non le bureau d'étude chargé du projet. Il en découle que ces plans bénéficieront du savoir-faire technique de l'entreprise, qui pourra adapter au mieux ses moyens et en tirer le meilleur parti. Mais il est clair que cela constitue néanmoins une perte de contrôle notable pour le bureau d'étude, qui sera beaucoup moins à l'aise dans le contrôle de l'exécution des travaux de l'entreprise, puisqu'il n'aura pas tracé les plans lui-même.

Placée trop loin de l'exécution pour la contrôler correctement, placée trop près du maître d'ouvrage pour être totalement objective, l'ingénierie française n'a pas les moyens d'atteindre la maîtrise des coûts que le système américain permet.

III.A.2. Autres éléments de différence

Un autre élément majeur de différence entre les deux systèmes est visible quand on regarde les coûts de l'ingénierie en proportion du montant total du coût du projet : ils sont, en moyenne, deux fois plus élevés aux Etats-Unis qu'en France, d'après les données de Syntec Ingénierie. Il ne faut pas, dans ce contexte s'étonner que les chantiers sont moins bien " maîtrisés " chez nous, notamment au niveau de leur conformité aux coûts prévisionnels.

Enfin sur ce sujet du contrôle des coûts, les choses sont beaucoup plus formalisées aux Etats-Unis qu'en France, où les fameux Quantity Surveyors sont une véritable institution. Toujours présents dans les cabinet d'ingénierie chargés du mangement des projets, ils ne sont chargés que du contrôle de la conformité des quantités facturées aux quantités installées. Clairement séparés du maître d'ouvrage, contrairement à ce qui se passe chez nous, ils sont logiquement plus objectifs.

III.B. Les performance bonds, garanties de bonne fin à l'américaine

Le système américain de garanties contractuelles dans les marchés publics fait l'objet d'un intérêt assez soutenu de la part des acteurs français, qui y voient un moyen de réguler les excès issus du système des appels d'offres par les lois du marché. Compte tenu de l'importance que prenait le débat sur le sujet, et de l'avis très favorable qu'en avaient tous les acteurs américains de l'achat public, nous avons décidé de le présenter ici en détails. On ne connaît en général en France que le performance bond, dont on sait que c'est en quelque sorte une "garantie de faire", une "garantie de livraison à prix et délai convenu". C'est à la fois vrai et faux, et nous allons essayer d'expliquer ici ce qu'est réellement un

performance bond, mais aussi plus généralement ce qu'est un bond, dans le domaine de la construction.

III.B.1. Qu'est ce qu'un bond ?

C'est un instrument par lequel une partie (la garant ou "surety") s'engage vis à vis d'une deuxième partie (le client) sur le respect, par une troisième partie (l'entreprise de construction ou "contractor"), de certaines obligations issues du contrat entre le client et l'entreprise. Cet engagement est assorti d'une pénalité ou "penal sum" à payer par le garant si celui-ci se déclare incapable de respecter son engagement. Cette pénalité est en général un pourcentage du contrat (la quotité). C'est parce qu'elle est souvent très importante, et donc dissuasive, que le "bond" s'apparente à un véritable engagement de faire (à savoir de respecter les termes du contrat dont la surety s'est portée garante), bien plus qu'une caution, comme on a tendance à le croire en France.

On traduit donc le mot bond par garantie contractuelle ou plus simplement garantie, même si le terme d'engagement solidaire semble plus approprié.

III.B.2. Descriptif du système, les différents types de garanties contractuelles

Au États-Unis, l'État fédéral ainsi que la quasi-totalité des états et collectivités locales disposent d'une législation qui impose la fourniture de garanties contractuelles par les entreprises candidates aux marchés publics de construction d'un montant supérieur à 100 000$.

Ces garanties interviennent en deux temps :

- lors de la soumission des offres, les entreprises candidates doivent joindre à leur offre une garantie de soumission de bonne foi (*bid bond*).

- une fois sélectionnée, l'entreprise attributaire doit fournir une double garantie de bonne exécution conformément aux termes du contrat (*performance bond*) et de paiement des sous-traitants, employés et fournisseurs (*payment bond*).

A. le bid bond

Il est appelé si le soumissionnaire refuse de signer le contrat, ou s'il est incapable de fournir un performance bond, ou toute autre garantie spécifiée dans le contrat. L'assurance qui fournit le bid bond devant donc s'assurer que le candidat mérite un performance bond, le fournit logiquement presque toujours elle-même s'il est l'attributaire.

Le montant couvert par le bid bond (sa quotité) peut être forfaitaire (en général 5% du montant du contrat), ou couvrir la différence de prix avec le deuxième concurrent le moins disant. Son coût est très faible, souvent nul.

B. le performance bond

Il n'est réclamé qu'après attribution du marché, et n'est donc pas joint à l'offre, mais nous venons de voir qu'il est lié de façon tacite au bid bond. Le coût d'un bond sur les trois points (bid, performance et payment) est en moyenne de 1,5% du montant du contrat.

Le performance bond porte sur 100% du montant du contrat, c'est à dire que l'assureur a le choix, si l'entreprise est déclarée défaillante, de prendre en charge lui-même l'exécution du contrat ou de payer 100% de celui-ci en indemnités, voire dans certains cas de laisser faire le maître d'ouvrage qui lui transmettra les factures pour paiement jusqu'à 100% du montant du contrat. Cette quotité très élevée fait du performance bond une véritable **garantie de faire**. Le risque très important pris par l'assurance est en partie couvert par un accord d'indemnité signé par l'entreprise au bénéfice de la compagnie d'assurance. C'est en quelque sorte une contre-garantie qui peut porter sur les actifs de l'entreprise, et quelquefois sur les biens de ses actionnaires.

C. le payment bond

Il est obligatoirement lié au performance bond et couvre le paiement des fournisseurs, sous-traitants et employés de l'entreprise si celle-ci est défaillante. Il renforce le lien créé par le performance bond entre le garant et l'entreprise. En effet, en cas de défaillance de l'entreprise, sur un chantier très déficitaire, sans le payment bond, le garant pourrait préférer laisser l'entreprise faire faillite et repartir "à zéro" avec une nouvelle entreprise qu'il aura sélectionnée et qui n'aura pas à assumer les dettes accumulées par la première. Avec le payment bond, le garant doit assumer les factures non payées même si l'entreprise fait faillite ; il envisage donc plus souvent un soutien à celle-ci, qui, ayant le chantier en main, est souvent la mieux placée, techniquement, pour le finir au meilleur coût.

Le payment bond couvre des montants variables du contrat, suivant les réglementations locales en vigueur. Pour les contrats fédéraux, sa quotité est de 50% pour les contrats inférieurs à 1M USD, de 40% entre 1 et 5 M USD, et la pénalité est forfaitairement plafonnée à 2,5M USD pour les contrats d'un montant supérieur à 5M USD. Pour les états, les quotité sont variables, de 25% à 100%. La quotité est ainsi de 100% dans l'état du Maryland.

III.B.3. Historique

Le performance bond et le payment bond n'ont pas été mis en place en même temps : le performance bond a été imposé par le *Heard Act* en 1894, et le payment bond par le *Miller Act* en 1935, afin de lutter contre les entrepreneurs qui déposaient leur bilan, après avoir vidé l'entreprise de sa substance et sans avoir payé leurs sous-traitants.

Les bonds, de par le confort qu'ils assurent au maître d'ouvrage, et les garanties qu'ils représentent pour les financements nécessaires à un projet, sont aussi en train de s'étendre aux marchés privés.

Nous avons cependant vu que les trois types de garanties étaient étroitement liées et nous concentrerons donc la suite de cette étude sur la plus importante d'entre elles, le performance bond, que l'on traduit classiquement en français par garantie de bonne fin.

III.B.4. Les acteurs

A. Le garant ou "surety company"

La loi impose que ce soit une compagnie d'assurance, et la plupart de grandes compagnies d'assurances américaines fournissent ce type de produits directement ou par l'intermédiaire de filiales spécialisées. Mais si les dix plus grosses sureties réalisent 50% du chiffre d'affaire total de la profession, celle-ci reste relativement dispersée puisqu'elle compte plus de 600 membres.

Le marché est très important puisqu'il représentait en 1995 un chiffre d'affaires (total des primes) de 2,7MD USD, c'est à dire environ à 0,9% du montant total du chiffre d'affaire de la construction. Quand on sait que le coût d'un bond est en moyenne de 1,5%, on peut en déduire que l'essentiel des marchés sont effectivement couverts par des bonds.

C'est un marché de spécialistes, où la connaissance du marché de la construction est la condition n°1 pour réussir, d'où une certaine spécialisation des sureties, d'autant plus marquée qu'elles sont de petite taille. Ce souci de connaissance détaillée et de proximité vis-à-vis des clients touche aussi les plus gros acteurs. Ainsi, la compagnie Chubb, qui se classe au onzième rang dans le domaine de la surety avec une part de marché de 2,7% en 1995 par exemple, possède une filiale, Vigilant, spécialisée dans les petites entreprises. De plus en plus de sureties mettent l'accent sur la formation technique de leurs agents, qui effectuent des stages en entreprise.

Ces compagnies sont soumises à une surveillance assez stricte de la part du Trésor américain, qui établit chaque année une liste de sociétés qui sont les seules admises à présenter des bonds pour les contrats fédéraux. Les États déterminent aussi des listes de compagnies autorisées à souscrire des garanties contractuelles. Ces listes sont en général basées sur celles du Trésor (des responsables de la société de courtage Johnson & Higgins nous ont confiés que beaucoup de maîtres d'ouvrage privés se limitaient aussi à cette liste de garants agréés...). Les États déterminent par ailleurs des plafonds pour les taux de primes, et ont donc une action de contrôle des prix.

Il existe cependant un "second marché", qui offre des garanties à des prix beaucoup plus élevés en échange de contre-garanties très fortes (lettres de crédit). Les compagnies de ce second marché ne fournissent pas en général la même sécurité au client, et le seul incident

rencontré par les acheteurs de la State Highway Administration du Maryland (SHAM) s'est produit avec une surety du second marché, basé sur l'île de Grenade et acceptée par erreur.

Toutes les sureties ne sont donc pas équivalentes et le choix de la surety adéquate n'est pas pris à la légère par les entrepreneurs américains qui savent la force de la relation de partenariat qui en résulte en général, relation que tous s'accordent à reconnaître comme étant avant tout basée sur la confiance.

B. Les courtiers

Aux États-Unis, la plupart des assurances sont fournies par l'intermédiaire de courtiers, et c'est aussi généralement le cas pour les bonds. Ce sont eux qui servent d'interfaces avec les entreprises, collectent les données, évaluent les entreprises et choisissent avec eux la surety qui leur convient, ce qui est essentiel comme nous l'avons vu au paragraphe précédent. Ces courtiers peuvent être petits et indépendants, ou être d'énormes multinationales, comme Marsh and McLennan. Les courtiers contribuent fortement à l'équilibre du système et à sa bonne marche, en cas de litige. En effet, un agent de courtage a en général un portefeuille d'entreprises limité qu'il cherche à entretenir, et il sera donc logiquement conduit, si le maître d'ouvrage appelle indûment un bond, à chercher par tous les moyens à défendre les intérêts de l'entreprise. Ce n'est hélas pas toujours le cas de la surety qui, si elle estime que l'assise financière de l'entreprise est suffisante pour qu'elle puisse se dédommager grâce à la contre-garantie, aura plutôt tendance à céder rapidement afin de ne pas se lancer dans un contentieux long et coûteux.

Le courtier peut donc être un soutien important, notamment pour les PME qui n'ont pas les moyens juridiques pour assumer seules des actions contre des maîtres d'ouvrage puissants.

III.B.5. Le marché

Il est extrêmement cyclique, comme l'économie américaine. Celle-ci étant en pleine euphorie, c'est actuellement une activité à la fois très rentable et extrêmement concurrentielle. Le taux de perte (sommes payées suite aux sinistres sur primes encaissées) est actuellement de 24,4% selon la Surety Association of America, un des meilleurs du secteur de l'assurance. Ce taux n'a pas toujours été aussi bon et la profession a connu une crise durant la récession qui a touché les États-Unis au début des années 80. Cependant, elle a beaucoup appris, et a pu traverser les difficultés du début des années 90 sans être déficitaire.

Elle se développe actuellement grâce à la pénétration des bonds sur les marchés privés, dont 20% au moins seraient actuellement couverts par des bonds.

III.B.6. L'utilisation de ces garanties

A. Leur attribution ne se fait qu'après une enquête minutieuse :

Nous venons de voir que ces garanties contractuelles étaient liées les unes aux autres et qu'elles créaient une véritable relation de partenariat entre l'entreprise et le garant. L'établissement de cette relation est donc une opération importante, qui nécessite la fourniture de nombreux renseignements par l'entreprise. Une fois cette relation établie, l'entreprise se voit attribuée une ligne de "bonding", dans la limite de laquelle elle peut signer des nouveaux contrats sans contrôle majeur.

A l'occasion d'un premier contact, l'assurance demande donc de nombreuses informations à l'entreprise :

1. Sur le plan financier :

- des documents comptables (bilans, comptes de résultats, tableaux de financement), en général des trois années précédentes, de préférence audités par un organisme indépendant et irréprochable.

- la preuve de la qualité du système d'évaluation et d'enregistrement des coûts, ce qui est fondamental dans une activité où risques et imprévus sont nombreux.

- des plannings prévisionnels de coûts et profits, ainsi qu'un état d'avancement des chantiers.

- la structure du capital.

- l'existence et le montant d'une ligne de crédit bancaire.

- les références de crédit.

2. Sur le plan technique :

- la liste des projets menés à bien par l'entreprise, ou, si elle est récente, par ses dirigeants dans les entreprises où ils travaillaient avant. Ce point semble très important.

- les références commerciales : liste des sous-traitants, clients, fournisseurs, avec lesquels l'entreprise a travaillé et lettres de recommandation.

- ses moyens en terme de matériels, licences...

3. Sur le plan du management :

- l'organigramme, avec la carrière et l'expérience des personnes-clefs.

- le plan de continuité de l'entreprise, c'est à dire ce qu'on a prévu en cas de disparition des hommes-clés.

- la personnalité des dirigeants et leur motivation, souvent jugée sur leur implication en terme de capital dans l'entreprise, et l'absence de versement de dividendes est à ce titre tout particulièrement appréciée.

- la stratégie à moyen terme de l'entreprise et ses objectifs, notamment en termes financiers.

Certains ratios peuvent être appliqués pour étudier la situation financière de l'entreprise (bien que les assureurs s'en défendent), mais au total, la décision du garant d'accorder ou non la garantie se fonde sur un jugement d'ensemble, qui repose aussi sur des données subjectives.

Enfin, comme il l'a déjà été dit plus haut, le garant exige toujours une contre-garantie (*indemnity agreement*), qui porte sur les actifs de l'entreprise ou sur ceux de ses actionnaires, et qui contraindra l'entreprise à rembourser au garant toutes les sommes qu'il aura dû avancer par la faute de la défaillance de l'entreprise. Les assureurs reconnaissent que cet accord leur permet rarement de couvrir leurs pertes en cas de sinistre, mais ils considèrent que c'est une garantie essentielle de la motivation des entrepreneurs.

Exemple type de formulation (extrait de Contract Surety, publié à l'initiative de Marshall Mc Lennan) :

Contractor agrees to pay to Surety upon demand all loss and expense incurred by Surety by reason of having executed any bond or incurred by it on account of any breach of this agreement by any of the undersigned.

Traduction : L'entreprise accepte de payer au garant, à première demande, toute perte causée et dépense survenue au garant du fait de l'exécution de toute garantie contractuelle, ou qui en a découlé du fait de la rupture de cet accord par une quelconque des parties ci-dessous signataires.

L'engagement demandé par le garant peut aller jusqu'à la fourniture d'assurance-vie par les personnages clés de l'entreprise.

B. Les relations en régime permanent : un réel partenariat

Une fois la ligne de "bonding" accordée, un réel partenariat se crée logiquement. En effet, l'entreprise n'a pas intérêt à contrarier la surety qui lui accorde ses garanties, nécessaires à l'obtention de nouveaux marchés. Par ailleurs, la surety sait que si elle retire son soutien brutalement à une entreprise en difficulté, elle lui interdira vraisemblablement l'accès aux marchés publics, ce qui contribuera encore à accélérer son déclin, or nous avons vu à quel point la faillite d'une entreprise pouvait être coûteuse pour la surety, surtout si celle-ci a souscrit avec l'entreprise sur de nombreux marchés. Les deux parties ont donc intérêt à ce que leur relation soit durable.

Le garant n'exige pas systématiquement des informations pour la signature de nouveaux contrats, tant qu'on reste dans la limite de la ligne de bonding. Mais il demande en général des informations trimestrielles sous forme d'états d'avancement des chantiers, de résultats

trimestriels et prévisionnels. Des retards ou des déficits sont souvent suivis en détail et peuvent conduire à une demande d'information mensuelle si la situation devient préoccupante. Pour la signature d'un contrat d'un montant ou d'une nature inhabituelle, le garant exige souvent des informations plus importantes, sur la nature des travaux, les moyens disponibles pour ce chantier spécifique. Il n'est pas inhabituel que le garant vérifie à cette occasion la solvabilité du client afin de s'assurer que des retards de paiement ne mettront pas en péril l'entreprise. De façon générale, le garant vérifie que le client n'est pas dangereux pour l'entreprise : la ville de New York, par exemple, qui a la réputation d'être extrêmement dure en affaires, est fortement déconseillée aux entrepreneurs qui n'y sont pas habitués.

Pratiquement, la surety attend avant tout de l'entreprise qu'elle ne lui cache rien de ses difficultés, et il est très mal considéré que l'assurance apprenne les problèmes par une autre source que l'entreprise elle-même. En échange de cette franchise, le garant apporte un réel service de conseil à l'entreprise en faisant le point avec lui sur sa situation financière, ses capacités de croissance, les solutions à ses problèmes de trésorerie, les autres entreprises avec lesquelles elle pourrait s'associer, les banques qui peuvent la financer, ou même les avocats qui peuvent la défendre. Le garant ayant obligatoirement une très bonne connaissance du secteur d'activité de l'entreprise est une source fiable de conseils et lui permet de prendre du recul.

III.B.7. Les appels de la garantie

A. Leur prévention

Le point essentiel à souligner quand on parle de litiges en matière de garanties de bonne fin est que tout le système contribue à les éviter, dans un pays où pourtant le rôle des "lawyers" prend des dimensions considérables, inconnues pour l'instant en France.

Au niveau de l'entreprise, d'abord, qui n'a pas intérêt à ce que la garantie soit appelée par le client, et qui fera tout pour empêcher que cela ne se produise : d'abord en essayant de régler les problèmes en amont avec le garant, si le partenariat est suffisant pour avoir généré une transparence totale, mais aussi avec le client dont les menaces d'appel de la garanties sont prises très au sérieux : la State Highway Administration du Maryland nous a ainsi signalé qu'elle avait négocié de longs mois en vain avec une entreprise récalcitrante, et que la menace de l'appel au garant avait entraîné une réaction dès le lendemain...

Le garant lui-même a souvent intérêt à régler les problèmes avant qu'ils ne prennent des proportions telles que leur résolution coûtera des sommes très importantes. Il est particulièrement important pour lui de détecter le plus tôt possible, si une entreprise est en train de "perdre pied" sur un chantier, et il peut décider alors d'intervenir de lui-même, tant qu'il ne décide pas de remplacer l'entreprise, ce qui ne peut se faire sans l'accord du

client. Plus le garant interviendra tard, plus il devra assumer de pénalités de retard accumulées par l'entreprise, ou de reprise de malfaçons dues à son incapacité à réaliser correctement les travaux. Ce sont autant de raisons qui expliquent pourquoi les sureties surveillent de très près les chantiers dont la taille ou la technicité sont d'un niveau inhabituel pour l'entreprise exécutante.

Il faut mentionner ici la question des avenants, qui peuvent être traités différemment suivant les garanties de bonne fin. Certains maîtres d'ouvrage très exigeants, comme la ville de New York, ont des formulaires type pour leur performance bond qui font couvrir systématiquement tous les avenants par la garantie. Ce n'est évidemment pas toujours le cas, et les garants rechignent à fournir ce type de bond.

B. Si l'appel a lieu

L'intervention de l'assurance est en général assez bien encadrée par la formulation de la garantie de bonne fin, qui stipule en général le délai sous lequel le garant est tenu de s'exécuter, faute de quoi il sera tenu de payer la pénalité. Il peut cependant décider d'engager une procédure contentieuse si il considère que le client n'a pas respecté sa part du contrat, et que c'est la raison pour laquelle l'entreprise s'est avérée incapable de respecter ses obligations.

Nous avons visité un chantier particulièrement difficile où deux performance bonds avaient été appelés par le maître d'ouvrage. Dans le premier cas, il s'agissait de l'installateur des circuits électriques, et celui-ci a été immédiatement remplacé. Dans le deuxième cas, il s'agissait de la défaillance de l'entreprise générale, et la négociation entre l'assurance et le maître d'ouvrage a duré huit mois avant de parvenir finalement à un accord à l'amiable, et au remplacement de l'entreprise par le garant. Il s'agit cependant d'un cas exceptionnel, où le maître d'ouvrage n'avait vraisemblablement pas respecté toutes ses obligations, et les gens de la State Highway Administration du Maryland nous ont assuré qu'ils n'avaient jamais eu de problèmes avec leurs sureties.

III.B.8. L'accès des PME aux bonds

A. Spécificités de l'accès des PME aux bonds

On peut estimer que ce système de garanties serait extrêmement favorable aux grandes entreprises qui ont une assise financière telle qu'elles ne constitueraient pas un risque réel pour les assureurs et qu'elles pourraient avoir leurs garanties à des prix beaucoup plus intéressants, voire qu'elles seraient les seules à pouvoir les obtenir. Cependant, la réalité n'est pas forcément conforme à ces a priori. La notion de PME aux États-Unis est assez différente de ce que nous connaissons en France. A titre d'exemple, le programme d'aide aux PME de la Small Business Administration ne s'adresse qu'aux entreprises qui réalisent moins de 5 millions de dollars (30 MF) seulement de chiffre d'affaires. Le

marché du BTP est très atomisé (2 millions d'entreprises), avec un grand nombre de très petites entreprises, souvent artisanales.

Il est cependant vrai que le coût des garanties est plus cher pour les petites entreprises, mais il reste plafonné par les lois des États. Par ailleurs, l'accès des PME à ces garanties est bon, grace à la grande compétitivité de ce secteur de l'assurance-caution et il existe de nombreuses compagnies justement spécialisées dans les PME. Rappelons que si le prix d'un performance bond peut monter à 3% du montant du contrat, il est en général inférieur à 1,5% pour les contrats d'un montant supérieur à 500 000$.

S'il est vrai que la surety contrôle que le montant d'un chantier n'est pas déraisonnable par rapport au plan de charge de l'entreprise, les patrons de PME considèrent qu'elle autorise une montée en puissance progressive et raisonnable.

De manière générale, il semble de l'avis des sureties, de la SBA (l'administration chargée du soutien aux petites entreprises), de l'American Subcontractors Association, et d'après les témoignages des chefs d'entreprises que nous avons rencontrés, que les PME ne rencontrent pas actuellement de difficultés pour obtenir un bond pour un contrat d'un montant raisonnable (sauf cas particulièrement pathologique). Cela résulte probablement plus du fait que le marché des sureties est actuellement très concurrentiel, beaucoup de nouvelles sureties étant apparues à la faveur de la bonne santé du BTP américain depuis quelques années, que de l'impact direct du programme d'aide de la SBA, qui est devenu somme toute assez secondaire.

Le rôle de la SBA s'est en effet trouvé considérablement diminué depuis quelques années, peu d'entreprises finalement ayant besoin de faire appel au Surety Bond Guarantee Program, d'autant plus que solliciter l'aide de la SBA est encore vécu comme une honte dans ce milieu entrepreneurial (même si le slogan de la SBA est "Championning America's Entrepreneurial Spirit").

Néanmoins ce programme a une valeur symbolique et en période de crise du BTP il est probablement beaucoup plus important, ce que nous ont confirmé les courtiers de Johnson & Higgins. En outre, la SBA a fait depuis quelques années un gros effort de rationalisation, avec l'introduction en 1988 d'un programme d'aide plus efficace. Il nous semble donc nécessaire d'en détailler ici le fonctionnement.

B. Le rôle de la Small Business Administration (SBA)

Cette administration fédérale américaine est spécifiquement chargée de la conduite de plusieurs programmes gouvernementaux d'aide aux PME. A côté d'un programme important de garantie des prêts standards contractés par les PME, la SBA a mis en place un Surety Bond Guarantee Program destiné aux entreprises de construction soumissionnant à des marchés publics.

1. Le Surety Bond Guarantee Program

A travers ce programme, la SBA garantit des bonds (bids, performance et payment) émis par des sureties en faveur de petites ou de nouvelles entreprises, pour des contrats allant jusqu'à 1,25 millions de dollars. Cette garantie couvre un pourcentage élevé des pertes éventuelles encourues par la surety au cas où le bond est appelé : 80 ou 90 % selon les cas pour le Prior Approval Program.

Les conditions en sont :

- que l'entreprise n'ait pas réalisé plus de 5M $ de chiffre d'affaires en moyenne dans les trois dernières années ;

- qu'elle ne parvienne pas à trouver un bond auprès des sureties habituelles ;

- que le bond soit émis par une surety enregistrée par le Trésor américain et qualifiée par la SBA (34 sureties sont agréées actuellement).

L'intervention de la SBA est facturée 7,45 ‰ du contrat à l'entreprise, et la surety reverse à la SBA 33% de la prime (premium) payée par l'entreprise.

Le programme de la SBA comporte en fait deux branches distinctes:

- **le Prior Approval Program**, qui est le plus ancien. La surety qualifiée par la SBA doit soumettre chaque bond qu'elle souhaite émettre dans le cadre de ce programme à l'autorisation de la SBA. Cette dernière assure un traitement rapide (3 jours en moyenne) de la demande, sachant que les entreprises autorisées à bénéficier du programme sont présélectionnées par des courtiers habitués à travailler avec la SBA. Néanmoins les sureties classiques ("standard"), rebutées par la complexité du traitement administratif, n'ont pas adhéré à ce programme. Seules les sureties spécialisées dans les entreprises à problèmes ont adhéré à ce programme, ce qui n'a fait que renforcer l'image peu flatteuse du programme.

- **le Preferred Surety Bond Program** (PSBP) a été créé en 1988 pour pallier cette absence des grandes sureties. Un accord est signé une fois pour toutes entre la SBA et la surety qui émet ses bonds garantis en partie par la SBA avec plus de liberté. Les sureties sont auditées en principe tous les deux ans (en réalité moins souvent). Ce programme est naturellement destiné à des sureties et à des bonds plus importants que le premier programme. Ce second programme est considéré comme un succès puisque son objectif (impliquer dans le programme de la SBA des sureties renommées) a été atteint. La surety étant plus autonome dans ce programme, elle est naturellement plus exposée (le pourcentage des pertes couvert par la SBA est moindre) afin de protéger les intérêts de la SBA.

Les contrats couverts par le prior approval program représentaient **617m $** en 1996 et le PSBP **305m $**. Ces programmes touchent plus de 3000 petites entreprises de construction réparties un peu partout sur le territoire des États-Unis.

2. Le budget de la SBA

Il est équilibré depuis peu.

Les recettes sont :

- la part des primes (33%) versées par les sureties ;

- la cotisation de l'entreprise (7,45 ‰ du contrat) ;

- des fonds (revolving funds) alloués par le gouvernement et votés chaque année par le Congrès (3,5m $ en 1996) ;

- les sommes recouvertes d'une entreprise défaillante grâce à l'accord d'indemnisation. La surety reverse à la SBA le pourcentage des gains correspondant au pourcentage du contrat couvert par la SBA.

Chaque année le Congrès définit la "guarantee authority" qui limite le montant total des bonds pouvant être garantis. Ce montant était de 1,767b$ en 1996, dont seulement 700m $ ont été effectivement réalisés.

C. Les difficultés d'accès spécifiques

Il est cependant vrai que certains types d'entreprises sont particulièrement mal vues des sureties qui leur fournissent moins volontiers des garanties. Ils s'agit d'abord des entreprises très jeunes dont les responsables n'ont pas un passé professionnel suffisant pour prouver leurs capacités, mais il s'agit aussi des entreprises largement sous-capitalisées, ou des sous-traitants dont les coûts sont essentiellement les charges salariales. Ces problèmes sont compensés par l'existence du seuil de 100 000$ en dessous duquel la plupart des acheteurs publics ne peuvent exiger un bond. Cela laisse une marge de manoeuvre pour le développement des petites entreprises, afin d'acquérir des références suffisantes afin d'accéder aux marchés pour lesquels des bonds sont exigés.

Cependant, il existe encore une chose que les sureties n'apprécient pas du tout : ce sont les entreprises qui ont des procès en cours avec des maîtres d'ouvrage ou d'autres entreprises. Nous avons rencontré deux patrons de PME américaines qui avaient traversé une période de vaches maigres à cause de contentieux en cours avec des entreprises générales qui ne les avaient pas payés. Durant toute la durée du contentieux, les sureties avaient fortement limité le montant des contrats qu'elles étaient prêtes à garantir, mais avaient néanmoins mis à disposition des PME le soutien juridique nécessaire.

Globalement, les responsables des PME que nous avons rencontrés estiment que le système est satisfaisant, car il permet de maintenir hors du marché les "canards boiteux" et constitue une arme contre les offres anormalement basses, mais sans pour autant les supprimer totalement. Il oblige à la lisibilité des comptes, et plus généralement, à plus de transparence dans les pratiques, avant et après passation des contrats.

Le système américain que nous venons de décrire nous a semblé présenter des différences marquantes et fort intéressantes par rapport aux pratiques françaises et plus généralement européennes. L'objet de la dernière partie de cette étude est d'examiner dans quelles conditions certaines des caractéristiques de ce système pourraient être appliquées au contexte français. Comme pour toute démarche de ce genre, il nous faudra néanmoins rester extrêmement prudent, et ne pas oublier qu'il est impossible de transposer telles quelles des pratiques d'un pays à un autre, sans tenir compte des spécificités culturelles et historiques de ces pays.

IV. Perspectives françaises.

IV.A. Améliorer la transparence des procédures.

IV.A.1. La publicité des séances d'appels d'offres.

La transparence de la procédure française reste limitée, et la réforme du code ne prévoit pas de modifications radicales : la séance d'appel d'offres restera interdite au public et seules les entreprises soumissionnaires pourront réclamer le droit de savoir pourquoi elles n'ont pas été sélectionnées.

Dans ce domaine, il nous semble néanmoins que la France est plutôt en avance par rapport à ses voisins, l'Italie par exemple, mais aussi l'Allemagne, dont les pratiques semblent souffrir encore, malgré l'influence communautaire, d'un grave défaut de transparence, en particulier en ce qui concerne la publicité autour du marché.

Cependant, nous pensons qu'un système où les séances d'adjudication sont totalement publiques, comme c'est le cas aux États-Unis, est souhaitable. En effet, on a constaté à plusieurs reprises en France que des pratiques douteuses n'étaient pas toujours dénoncées par les membres des commissions d'appel d'offres, même quand celles-ci sont représentatives de formations politiques différentes. Les séances publiques ont probablement un effet dissuasif plus important.

La confidentialité du contenu technique des offres doit néanmoins évidemment être respectée afin de ne pas pénaliser les entreprises innovantes. On se heurte ici à un problème qui revient fréquemment lorsque l'on cherche à réglementer la passation des marchés publics, à savoir l'immense difficulté de concilier deux objectifs de la commande publique qui paraissent pourtant aussi souhaitables l'un que l'autre : d'une part la transparence et la lutte contre la corruption, et d'autre part l'intérêt des entreprises soumissionnaires.

IV.A.2. Moins-disant et mieux-disant.

Le débat est sensiblement le même lorsque l'on essaie de trancher entre choix du moins-disant et choix du mieux-disant. Certes, l'obligation pour l'acheteur de choisir systématiquement l'offre la moins disante améliore la transparence de la procédure et réduit considérablement les possibilités de corruption (sans toutefois la rendre impossible, puisqu'il y a toujours moyen de favoriser une entreprise en lui indiquant par exemple quels sont les lots sur lesquels elle peut réduire les quantité). C'est le cas aux États-Unis.

Cependant, ce choix ôte toute liberté de jugement à l'acheteur public et peut conduire à de mauvais choix, par exemple un ouvrage de moins bonne qualité et qui durera moins

longtemps, ou dont le coût d'entretien sera plus élevé. La responsable de la State Highway Administration au Maryland, que nous avons rencontrée, a bien reconnu que le choix systématique du moins-disant ne conduit pas, à son avis, au meilleur choix. C'est la raison pour laquelle nous pensons indispensable de conserver le principe du choix au mieux-disant, malgré toutes les difficultés de définition et d'application qu'il comporte.

IV.B. Permettre le développement d'une maîtrise d'oeuvre plus forte.

Comme nous l'avons vu précédemment, nous pensons souhaitable que le rôle de la maîtrise d'oeuvre soit plus important, en particulier dans les travaux publics en soutien des collectivités locales. Cela permettrait une meilleure définition du contenu technique des dossiers de mise en concurrence et des contrats, ainsi qu'un suivi renforcé de l'exécution des travaux, qui aurait un effet positif sur le jeu chantage à la faillite / avenants entre l'entreprise de construction et le maître d'ouvrage.

Pour renforcer la maîtrise d'oeuvre en France, nous proposons de permettre le développement d'un secteur privé de l'ingénierie des travaux publics ainsi qu'il existe dans les pays anglo-saxons, en ouvrant réellement à la concurrence ce secteur d'activité. Pour cela, il faudrait que les barèmes des interventions des DDE soient progressivement relevés et ramenés aux prix du marché, sans remettre en cause leur rôle d'aménagement du territoire pour les collectivités les moins riches, grâce peut-être à des dispositifs d'aide spécifiques à leur égard. De manière générale, les structures de coût des ingénieries du secteur public doivent être plus claires, puisque pour l'instant une certaine partie de ces coûts restent opaques.

Cependant, s'il est souhaitable que la maîtrise d'oeuvre soit renforcée pour des petits travaux ou des travaux assez standards, il faut éviter de tomber dans le dogmatisme américain qui aboutit à l'élimination de toute capacité d'innovation de la part des entreprises de construction.

C'est pourquoi nous pensons indispensable de continuer à encourager l'acheteur public à autoriser et à examiner attentivement les variantes proposées par les entreprises lors des appels d'offres. Dans cet esprit également, le développement de solutions globales pour des travaux sortant de l'ordinaire, comme les appels d'offres sur performance[11] ou les marchés de conception-réalisation qui connaissent un succès grandissant au Royaume-Uni sous le nom de "Design and Build", est à encourager. Là encore, on se heurte à la difficulté de concilier intérêt des entreprises et rigueur des procédures (qui voudrait que conception et réalisation soient deux responsabilités séparées, effectuées par des acteurs bien distincts).

---

[11] décrits dans la première partie de ce rapport, chap. I.A.1.d.

IV.C. Les conditions de l'introduction en France des performance bonds.

Nous avons vu l'intérêt du système des performance bonds aux États-Unis. Il nous semble que ce mécanisme pourrait apporter plus de rigueur dans le contexte français actuel. Ses inconvénients qui sont réels pourraient être en grande partie réduits si la mise en place de ces garanties, qui est incontestablement délicate, se fait dans de bonnes conditions. En effet, le système américain n'est probablement pas transposable tel quel en France, pour des raisons culturelles (nous avons vu que le contexte américain des marchés publics et du secteur de la construction est à maints égards très différent du système français) et aussi parce que le système américain a mis lui-même plusieurs dizaines d'années à se mettre en place.

Il est intéressant de noter dans un premier temps qu'il existe déjà des garanties comparables sur certains points aux performance bonds en France.

IV.C.1. Deux exemples de garanties existantes.

A. Les garanties pour maisons individuelles.

Depuis la loi du 19 décembre 1991 réformant le contrat de construction des maisons individuelles, une garantie de livraison à prix et délai convenus analogue aux performance bonds est exigée pour tout contrat de construction de maison individuelle. En particulier elle est assortie de l'obligation pour le garant de faire terminer lui-même les travaux en cas de défaillance de l'entreprise. Cette garantie semble donner satisfaction, même si dans un premier temps entrepreneurs et sociétés d'assurance se sont montrés très réticents. Une petite dizaine de sociétés d'assurance proposent actuellement ce produit, et même si malheureusement une grande partie des entrepreneurs ne présentent toujours pas cette garantie dans les faits, on estime que plus de 50% des maisons individuelles en construction en sont maintenant pourvues. Le prix de cette garantie est de l'ordre de 1% du prix convenu de la maison.

B. Les garanties carrières.

Le décret du 5 janvier 1996 précise la nature des garanties financières qui seront désormais exigées des exploitants de carrière, dans le cadre de la loi du 19 juillet 1976 sur les installations classées. Il est demandé un acte de cautionnement solidaire, fourni soit par un établissement de crédit, soit par une société d'assurance, assez proche dans l'esprit des performance bonds, couvrant le coût de la remise en état de la carrière après exploitation. Ce système a connu des débuts difficiles, en particulier parce que initialement la garantie devait porter sur une durée de 30 ans, durée jugée trop aléatoire et irréaliste par les assureurs. Cette durée a depuis été ramenée à une période de 5 ans, renouvelable par tranches, et il semble que maintenant le système commence à fonctionner correctement.

Cependant il pose toujours problème à un certain nombre d'assureurs qui restent réticents vis-à-vis d'un risque qu'ils considèrent comme trop important. Notons que la nature du risque est ici assez différente de ce que serait un performance bond attaché à un marché de travaux publics ; dans ce dernier cas le risque est beaucoup plus maîtrisable grâce à une bonne connaissance de l'entreprise exécutante, le délai sur lequel court la garantie étant nettement plus court.

Néanmoins il faut noter que, à l'inverse des performance bonds ou des garanties maisons individuelles, cette garantie ne constitue pas une obligation de faire mais reste une garantie financière, ainsi que le souligne le modèle d'attestation figurant dans l'arrêté interministériel du 1er février 1996. En cas de défaillance de l'exploitant, l'établissement qui a délivré la caution doit simplement rembourser les frais occasionnés par la remise en état du site.

IV.C.2. Pourquoi introduire en France les performance bonds ?

La France doit s'intéresser à ce système à double titre :

- d'abord parce qu'il contribue à une meilleure protection des intérêts publics et qu'il limite le champ de la corruption en introduisant la logique économique d'un acteur financier spécialisé.

- ensuite parce que ce système se développe au plan mondial, au Canada, en Asie (au Japon en particulier), mais aussi dans des pays européens comme l'Italie, l'Espagne, l'Irlande .

Au niveau européen, on parle de plus en plus des avantages de ce système. Le très récent avis du Comité Économique et Social sur le "Livre Vert sur les marchés publics dans l'Union Européenne" de la Commission propose un système obligatoire de bonds pour lutter contre les offres anormalement basses.

Jusqu'à présent, la marché français des performance bonds est resté extrêmement anecdotique, ne consistant qu'en quelques cas d'école (suite à l'exigence de banquiers assurant le financement de l'opération, ou lors d'une opération menée par une entreprise étrangère avec des sous-traitants français, ou encore sur de très grands projets comme le centre Pompidou ou La Défense). Nous allons étudier les conditions de son développement.

Néanmoins il nous faut noter d'ores et déjà que ce système de garanties ne saurait bien sûr constituer une solution miracle contre la crise du BTP et la multiplication des offres anormalement basses, même s'il contribuerait certainement à un assainissement réel des comportements et donc du marché.

Avant de mettre en place ce système, il nous semble important de bien réfléchir aux objectifs que l'on souhaite atteindre.

A. Lutter contre les offres anormalement basses.

Incontestablement ce système conduirait à la réduction sensible du nombre d'offres anormalement basses, puisque l'assureur hésiterait beaucoup à garantir une offre qui ne lui semblerait pas réaliste. En effet, en cas de défaillance de l'entreprise, l'assureur doit débourser la différence entre le coût final des travaux et le montant du contrat initial. De plus, la probabilité de défaillance de l'entreprise est d'autant plus élevée qu'elle présente des offres trop basses et trop irréalistes.

Néanmoins il ne faut pas s'attendre à la disparition de toutes les offres anormalement basses, et ceci pour deux raisons :

- un grand groupe connu dans le secteur n'aurait pas trop de difficulté à trouver une garantie pour un offre basse destinée par exemple à lui permettre d'attaquer un marché nouveau, les risques de défaillance étant faibles. Ce genre d'OAB subsistera donc probablement ;

- en période de crise et dans des secteurs particulièrement touchés, la société d'assurance peut supposer dans certains cas qu'elle retrouvera une offre presque aussi basse que l'offre initiale, et donc que le surcoût à sa charge sera réduit.

Ce dernier point doit cependant être nuancé quand on observe l'extrême prudence affichée par les assureurs français face à ce type de risque.

Dans la pratique, les entrepreneurs américains et canadiens que nous avons rencontrés ont affirmé que ce système leur semble une arme efficace contre les offres anormalement basses, sans toutefois parvenir à les éliminer totalement. Il faut donc rester prudent sur ce point.

B. Protéger les intérêts de l'acheteur public.

Incontestablement un tel système de garantie constitue une protection très efficace pour le maître d'ouvrage. Les acheteurs de la State Highway Administration en sont extrêmement satisfaits, au point qu'ils semblent très étonnés d'apprendre qu'en France n'existe qu'une garantie couvrant 5% de la valeur du contrat. Cette protection serait une solution partielle aux dérapages du jeu des avenants, le garant ayant un rôle certain de régulation au sein de la relation maître d'ouvrage/entreprise de construction.

C. Assainir le marché.

Le secteur de la construction souffre actuellement certainement d'une situation de surcapacité. Certaines entreprises ont comme nous l'avons vu des comportements anti-concurrentiels. Il nous semble que la mise en place d'un système de garanties permettrait une sélection plus rationnelle des entreprises, et éviterait que des entreprises dont le comportement est réellement aberrant survivent aux dépens d'entreprises plus saines.

D. Lutter contre la corruption.

En confiant une partie de la responsabilité du choix de l'entreprise (l'élimination des canards boiteux) à un tiers qui obéit normalement à une logique économique et est financièrement intéressé au résultat, on réduit certainement les possibilités de corruption.

IV.C.3. Les inconvénients du système.

Ils sont essentiellement de deux ordres :

A. Le coût de la garantie.

Généralement à la charge du maître d'ouvrage, il est dans les pays où le système est en place de l'ordre de 1% du montant du contrat (voir pour plus de détails le chapitre spécifique au système américain). Néanmoins ce prix ne nous semble pas trop élevé, en comparaison avec les avantages du système et la sécurité qu'il apporte à l'acheteur. En particulier, il est à mettre en parallèle avec le coût et tous les inconvénients annexes (retards, problèmes de qualité...) d'un chantier en suspens, à la suite d'une défaillance d'entreprise. L'absence de données statistiques dans ce domaine ne permet pas de conclure définitivement, mais il est probable que l'acheteur y gagne globalement. Certains coûts, comme les coûts de préqualification, devraient être en outre réduits suite à l'application du système.

B. Les difficultés d'accès aux bonds propres aux PME et aux entreprises nouvelles.

On conçoit qu'une PME ou une entreprise de création récente, qui présentent un risque supérieur, auront très probablement plus de difficulté à obtenir une garantie qu'une grande entreprise, et la paieront probablement un peu plus cher (aux États-Unis, la différence de tarif est de l'ordre de 0,5 à 1 point). En outre, la société d'assurance qui accepte de les cautionner exerce un contrôle sur le montant des contrats qu'elle garantit, et de ce fait peut freiner la croissance de l'entreprise.

Dans la pratique, les petits entrepreneurs américains que nous avons rencontrés ne se sentent pas trop contraints par ce contrôle de la croissance de l'entreprise, et reconnaissent qu'il s'effectue de façon raisonnable. En outre, force est de constater qu'il existe aux États-Unis un tissu très important de petites et de très petites entreprises de construction qui coexistent très bien avec le système des bonds.

En ce qui concerne les entreprises récentes, il faut bien se souvenir que le garant qui examine le dossier d'une entreprise candidate regarde avec beaucoup d'attention non seulement les références de l'entreprise, mais aussi celles de ses dirigeants. Si le créateur d'une entreprise et son équipe dirigeante ont acquis une certaine expérience en travaillant pour d'autres entreprises, il n'y a pas de raisons que l'entreprise récente soit pénalisée en tant que telle.

Surtout, il n'est pas si certain que les PME seraient plus pénalisées dans un système de bonds qu'elles ne le sont actuellement : comme nous l'avons vu, l'acheteur public est réticent à sélectionner un ensemble de PME face à une entreprise générale car souvent cela lui revient plus cher (l'entreprise générale a des moyens de pression qui lui permettent d'obtenir des prix très intéressants de ses sous-traitants), et cela présente plus de risques (défaillance d'une entreprise en cours de chantier, retards...). Ce risque est difficile à quantifier pour l'acheteur mais son existence pénalise indiscutablement les PME soumissionnaires. C'est ce risque qui est transmis au garant, qui lui donne un coût transparent pour l'acheteur. Actuellement, on peut considérer en quelque sorte que le risque est encouru par l'entreprise générale qui sélectionne tel ou tel sous-traitant et le coût que cette entreprise lui affecte est inclus dans sa marge, et dans la façon dont elle pressure les prix de ses sous-traitants.

Mettre en place le système des garanties américaines reviendrait dans cette optique à ouvrir à la concurrence ce marché de la garantie des entreprises plus fragiles.

Nous avons pu rencontrer un agent d'assurance français qui émet déjà des cautions très similaires aux bonds américains pour des groupements de PME qu'il constitue lui-même pour répondre à un appel d'offres donné. Cet agent estime que ces cautions permettent à ces PME d'accéder à des marchés qu'elles n'obtiendraient pas sinon, et constituent donc un avantage pour elles.

Cependant, il n'apparaît pas nécessaire dans un premier temps d'imposer cette complication supplémentaire aux petites PME pour les petits contrats. Comme aux États-Unis, l'obligation de présenter un bond pourra n'être imposée qu'au-dessus d'une certaine taille de contrat à déterminer (voir plus loin).

Avant d'examiner la question du seuil d'application, le premier problème qui se pose est de déterminer qui, en France, serait capable d'entrer dans ce nouveau marché et de délivrer ces garanties.

IV.C.4. Mettre en place les conditions d'application du système.

A. Quels garants : assureurs ou banquiers ?

Ce marché de garanties fait appel à deux types de compétences:

- la capacité d'expertise des entreprises, aussi bien sur le plan technique qu'en termes d'histoire, de références, de connaissance des personnels... qui est indispensable puisque c'est la clé du système, ainsi que nous l'avons vu ;

- d'autre part, la capacité à délivrer une caution qui s'apparente à un crédit, et donc à estimer la solidité financière d'une entreprise et les risques encourus, et à disposer d'une assise financière suffisante.

En France, depuis l'arbitrage Renaudin (1952) qui n'est plus en vigueur mais dont les effets sont toujours sensibles, l'activité de caution est plutôt l'apanage des établissements bancaires (contrairement à ce qui se passe aux États-Unis, où ce sont historiquement les assureurs qui font de la caution).

Ce nouveau type de marché ferait donc appel à la fois à des compétences qui relèvent plutôt de l'activité bancaire et à d'autres qui sont plutôt celles des sociétés d'assurance.

Or il nous semble que ce marché est plus naturellement destiné aux sociétés d'assurance, qui connaissent mieux les compétences techniques des entreprises, et en particulier celles du secteur de la construction avec qui elles travaillent déjà pour des produits différents (assurances tous risques chantier...). Rappelons qu'aux États-Unis, ce sont des sociétés d'assurance spécialisées qui délivrent les cautions. En outre, les petites et moyennes entreprises qui obtiendraient un performance bond auprès de leur banque risqueraient de voir leur ligne de crédit diminuer, le montant du bond étant considéré comme un crédit à court terme, ce qui viendrait de plus dégrader une structure de bilan souvent déjà très tendue.

Il existe en France trois ou quatre sociétés d'assurance qui connaissent suffisamment bien les entreprises du BTP et ont toutes les capacités nécessaires pour les évaluer techniquement. Force est cependant de constater que les assureurs français sont dans l'ensemble encore très réticents face à l'éventualité de ce marché nouveau, et ce bien que les sociétés américaines soient, elles, prêtes à intervenir.

Les raisons de ces réticences sont de plusieurs types :

- la caution est considérée comme une activité essentiellement bancaire, comme nous l'avons vu : en réponse à ce problème, des alliances entre banques et sociétés d'assurance sont déjà en cours, et semblent une réponse satisfaisante ;

- les performance bonds sont encore souvent à tort assimilés aux garanties décennales construction qui ont été une expérience très traumatisante pour les sociétés d'assurance en période de crise ; à cet égard un effort d'information reste à faire ;

- la notion de "garantie de faire" qui va bien au-delà d'une simple indemnisation inquiète les assureurs ;

- les sociétés d'assurance craignent la concurrence des banques qui "casseraient" les prix et récupéreraient pour elles-mêmes tous les "bons" risques. En réponse à cet argument, il faut noter que les banques sont plus contraintes que les sociétés d'assurance en terme d'exposition financière, en particulier à cause du ratio Cooke. Par ailleurs, compte tenu des spécificités de ce produit qui n'est pas une caution comme les autres et nécessite de bonnes capacités d'expertise technique, il est peu probable que les banques interviennent massivement sur ce marché.

Inutile de préciser qu'il est indispensable qu'un nombre suffisant de sociétés d'assurance françaises soient prêtes à entrer sur ce marché, afin qu'il ne soit pas réservé de facto aux filiales de cabinets anglo-saxons, et pour qu'une concurrence suffisante s'établisse, sans les effets pervers qu'on peut imaginer. Au Japon par exemple, une seule société d'assurances (Tokyo Marine) détient une grande partie du marché.

Pour conclure, il nous semble qu'une possibilité serait de constituer des entités uniquement spécialisées dans les performance bonds, comme cela s'est fait pour les garanties maisons individuelles et d'ailleurs aussi aux États-Unis. Ces entités seraient des filiales de sociétés d'assurance connaissant bien le secteur de la construction et de banques apportant leur expertise de la caution. Il semble que des rapprochements aient déjà eu lieu dans ce sens entre banques et assurances.

B. Quel domaine d'application ? La question du seuil.

Se pose ensuite la question du domaine d'application. Pour intéresser suffisamment les assureurs et permettre la nécessaire mutualisation des risques, il faut créer un marché d'une taille suffisante. Pour cela, il nous semble indispensable de rendre cette garantie obligatoire sans la restreindre à un secteur géographique, même à titre expérimental, ou à un secteur d'activité donné. L'utilisation de garanties de bonne fin uniquement dans les cas d'offres identifiées comme anormalement basses par l'acheteur, parfois envisagée, n'aboutirait selon nous qu'à la création d'un marché de trop petite taille et ne comportant que des mauvais risques ; les prix risqueraient alors d'être assez élevés. Ce mécanisme équivaudrait de facto à un mécanisme d'élimination des offres anormalement basses.

Néanmoins, il serait intéressant de fixer un seuil d'application en ce qui concerne la taille des contrats couverts, ce qui permettrait dans un premier temps de ne pas toucher les plus petits contrats et les PME. Ce seuil pourrait être de l'ordre de 10 MF. On pourrait éventuellement demander une garantie en dessous de ce seuil pour les offres identifiées comme anormalement basses.

Ceci aboutirait probablement à la création d'un marché d'une taille tout à fait raisonnable (de l'ordre de 150 MdF par an, d'après les chiffres fournis par le recensement de 1991 de la CCM).

C. Quelle quotité garantir ?

La quotité est la fraction du montant du contrat de travaux qui sert de plafond aux frais encourus par le garant. Aux États-Unis, cette quotité est de 100 %, mais c'est le seul cas : au Canada, elle est de 50 % et dans les pays qui ont adopté ce système plus récemment, le pourcentage est plus faible. Ainsi, en Espagne la quotité couverte est de 4 %, en Italie 10 % et peut-être bientôt 25 % (à la suite d'un accord avec les assureurs), en Irlande 25 %.

L'enjeu est le suivant :

- si la quotité est trop faible (5-10 %), la garantie ne constitue plus vraiment une obligation de faire, puisque le garant a en général plutôt intérêt à payer les 5-10 % qu'à agir. L'acheteur est beaucoup moins couvert et les avantages spécifiques aux performance bonds disparaissent. En outre, l'exposition étant moindre, le ratio Cooke est moins contraignant, et les banques sont plus intéressées. Ce produit s'apparente à ceux auxquels elles sont habituées et les assureurs s'écartent du marché ;

- si la quotité est trop élevée, l'exposition au risque trop forte pourrait dissuader les assureurs comme les banquiers et le prix de la garantie serait augmenté.

Nous pensons qu'une quotité de l'ordre de 25-30 % serait la plus adaptée dans un premier temps.

D. Comment aider les PME ?

Il devrait être possible de mettre en place un système assez similaire à ce que fait la SBA aux États-Unis, en demandant à un organisme tel que la SOFARIS par exemple de garantir en partie (de l'ordre de 70%) les garanties délivrées à des PME.

E. Dans quels délais ?

Le processus de mise en place d'un tel système, très délicat et nécessitant une concertation importante, devrait prendre un temps assez long, de l'ordre de un à deux ans. La direction du Trésor a commencé une réflexion sur ce thème, et incite vigoureusement les assureurs et les entrepreneurs à s'associer à cette réflexion.

CONCLUSION

Au moment où l'on parle beaucoup de réforme du code du marchés publics, il apparaît essentiel de s'interroger sur les responsabilités de l'acheteur public et sur ce que doit être l'objectif d'un tel code. Le poids de la commande publique dans notre pays est tel que l'acheteur ne peut se désintéresser de l'impact de cette commande sur les entreprises, sans pour autant sacrifier le souci de transparence et de rigueur des procédures ou renoncer à effectuer le meilleur choix en terme de rapport qualité-prix.

Il nous semble que le système de garanties américaines que nous avons décrit pourrait apporter des réponses satisfaisantes à chacun de ces trois objectifs, à condition que sa mise en place soit prudemment organisée et adaptée au contexte français. Le renforcement du rôle de la maîtrise d'oeuvre, qui est un objectif à plus long terme, irait également dans le sens d'un meilleur contrôle des travaux, à condition d'être bien encadré afin de ne pas nuire à la capacité d'innovation des entreprises.

L'objectif n'est pas de supprimer la liberté de choix de l'acheteur public qui apparaît fondamentale pour assurer la qualité de l'achat effectué, ni à l'inverse de supprimer le code des marchés publics, ce qui laisserait le champ libre à tous les abus. Pour éviter de tomber dans l'un de ces écueils, nous proposons d'introduire un troisième acteur, obéissant à une logique purement économique, entre l'acheteur et l'entreprise.

Si nous estimons que cela irait dans la bonne voie, nous sommes conscients que cette idée ne saurait naturellement constituer un remède miracle contre la crise du BTP.

BIBLIOGRAPHIE

Le droit français des marchés publics et le projet de réforme :

Code des marchés publics annoté, B.M. BLOCH, Berger-Levrault, juin 1996.

Marchés publics, droit des actes unilatéraux et des contrats, cours de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, G. GOULARD, avril 1997.

Marchés publics et innovation : concurrence ou régulation ?, J.P. PONSSARD, Centre de Recherche en Gestion, 1979.

Propositions de réforme du code des marchés publics pour en faciliter l'accès aux PME-PMI et aux entreprises artisanales, Confédération Générale des Petites et Moyennes Entreprises, Septembre 1996.

Mission Parlementaire sur la réforme des marchés publics, rapport présenté par Alfred TRASSY-PAILLOGUES, mars 1996.

Projet de loi portant réforme du code des marchés publics.

Dans les pays européens :

Les marchés publics européens, J.P. GOHON, PUF/Que sais-je ?, octobre 1991.

Guide des marchés publics dans l'Union européenne, éd. du CFCE, DREE/CCM, 1995.

Marchés publics et Union européenne, Nouvelles règles communautaires, collection Références européennes, P. BRUNELLI, éd. Continent-Europe, janvier 1995.

Impact et efficacité du marché unique, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, 1997.

Le financement privé :

L'expérience française du financement privé des équipements publics, ouvrage collectif de la DAEI sous la direction de C. MARTINAND, Economica, 1993.

Possibilités et modalités de mobilisation de financements privés en faveur des investissements collectifs, rapport de mission de réflexion demandée par le Ministre de l'Équipement, M. BELLIER, septembre 1993.

Les performance bonds :

Les garanties des marchés publics de construction aux États-Unis, rapport de Martine KUBLER-MAMLOUK pour le Ministère de l'Equipement, novembre 1996.

Explanatory Guide to the ICC Uniform Rules for Contract Bonds, ICC publication n° 524, 1997.

Publications de la Surety Association of America et la National Association of Surety Bond Producers : "Your First Bond", "When You Build, Bond", "How bonding protects Your Taxpayer Dollars", "Contract Bonds, the unseen services of a surety", "The Basic Bond Book".

Contract Surety, Lloyd P. Tosse, Marsh & Mc Lennan, ed. Warren, Gorham & Lamont, 1991.

Périodiques :

"Télégrammes marchés publics" et "Revue marchés publics", secrétariat général de la Commission Centrale des Marchés.

Bulletin Officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

Revue "Le Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment".

Revue "Travaux".

ANNEXES

Liste des personnes rencontrées.

Texte du droit fédéral américain portant sur les garanties apportées par la SBA aux sureties, janv. 96.

Avis aux soumissionnaires, DoT du Maryland, Etats-Unis.

Exemples de bonds types.

PERSONNES RENCONTRÉES

Entreprises et syndicats de BTP

- M. BLANCARD - FNTP
- M. LAMOURE - PDG SOLETANCHE
- M. DUPONT - PDG COLAS
- M. ROUDE - PDG JEAN LEFEBVRE
- Mme DEVILDER - dir. juridique FNTP
- M. BORNHAUSER - dir. juridique SOLETANCHE
- M. BENOIT - dir. financier de SOLETANCHE
- M. RAMPA - entreprise RAMPA
- Mme REVEL - SEFI
- M. FELIX - Syntec Ingénierie
- M. BROSSE - CAPEB

Acheteurs publics

- M. CANONE - dir. technique mairie de DOUAI
- M. VIGNON - dir. services technique du conseil général de Côte d'or.
- M. BERGER - dir. service des marché de la mairie de Dijon.
- M. MARTIN - EPAD
- M DORMAGEIN - DDE adjoint (92)
- M. LE PABIC - service achat ministère de la justice.

Régulateurs

- M. QUESADA - DGCCRF
- Mme BOYER - CCM
- M. ALAIN - CCM
- M. LEBORGNE)
- M. FERNANDEZ SALAS) DG XV - commission européenne
- M. WILLIAMS) à Bruxelles
- M. REDONNET)
- M. LOVERGNE ancien conseiller technique du Ministre de l'Economie et des Finances.
- Mme DAUPHIN de la Direction du Trésor
- M. MERLIN - Direction de la Prévision.

Divers

- M. GOHON - Avocat à la cour
- M. FABRE - journaliste au Moniteur.
- M. PILLEVESSE - permanent à l'AMF, membre de la mission TRASSY PAILLOGUES.

Assureurs

- M. JACQUELIN - GFIM
- M. GIBOUR - FAUGERE ET JUTHEAU

- M. FEIGELSON - SCOR
- M. BESSEC - SMABTP
- M. PAVILLET - CHUBB
- M. LAVISSE - BTP Banque
- M. MARÇAIS - PME Bât. Assurance
- ansi que des responsables des AGF et de l'UAP.

Aux Etats-Unis

- Mme SCHUBERT, Pdte de la Surety Association of America.
- M. WINE, vice-pdt de la Surety Association of America.
- MM. LAURSEN et BISHOP, société d'assurance Vigilant.
- MM. G. MAURIZ et J. ALTMAN, société d'assurance CHUBB.
- Steve GAMBALI, Johnson et Higgins/ Marsh & McLennan.
- M. HARTWIG, cabinet d'ingénierie LSTS Inc.
- M. MOFFITT, Small Business Administration.
- Mme HOMER, State Highway Administration du Maryland
- Mme CERVINO, pdte d'une PME du New Jersey.
- M. WOJTOWICZ, gérant d'une PME du New Jersey.
- M. NAMY, CEO de Inquip, PME.

Assessment in accordance with Executive Order 12612.

List of Subjects in 13 CFR Part 115

Small business, Surety bonds.

For the above reasons, SBA is revising part 115, title 13 of the Code of Federal Regulations, to read as follows:

PART 115—SURETY BOND GUARANTEE

Sec.
115.1 Overview of regulations.
115.2 Savings clause.

Subpart A—Provisions For All Surety Bond Guarantees

115.10 Definitions.
115.11 Applying to participate in the Surety Bond Guarantee Program.
115.12 General program policies and provisions.
115.13 Eligibility of Principal.
115.14 Loss of Principal's eligibility for future assistance.
115.15 Underwriting and servicing standards.
115.16 Determination of Surety's Loss.
115.17 Minimization of Surety's Loss.
115.18 Refusal to issue further guarantees; suspension and termination of PSB status.
115.19 Denial of liability.
115.20 Insolvency of Surety.
115.21 Audits and investigations.

Subpart B—Guarantees Subject to Prior Approval

115.30 Submission of Surety's guarantee application.
115.31 Guarantee percentage.
115.32 Fees and Premiums.
115.33 Surety bonding line.
115.34 Minimization of Surety's Loss.
115.35 Claims for reimbursement of Losses.
115.36 Indemnity settlements and reinstatement of Principal.

Subpart C—Preferred Surety Bond (PSB) Guarantees

115.60 Selection and admission of PSB Sureties.
115.61 Duration of PSB Program.
115.62 Prohibition on participation in Prior Approval Program.
115.63 Allotment of guarantee authority.
115.64 Timeliness requirement.
115.65 General PSB procedures.
115.66 Fees.
115.67 Changes in Contract or bond amount.
115.68 Guarantee percentage.
115.69 Imminent Breach.
115.70 Claims for reimbursement of Losses.
115.71 Denial of liability.

Authority: 5 U.S.C. app. 3; 15 U.S.C. 687b, 687c, 694a, 694b; Pub. L. 101–574, 104 Stat. 2823 (1990).

§ 115.1 Overview of regulations.

The regulations in this part cover the SBA's Surety Bond Guarantee Programs under Part B of Title IV of the Small Business Investment Act of 1958, as amended. Subpart A of this part contains regulations common to both the program requiring prior SBA approval of each bond guarantee (the Prior Approval Program) and the program not requiring prior approval (the PSB Program). Subpart B of this part contains the regulations applicable only to the Prior Approval Program. Subpart C of this part contains the regulations applicable only to the PSB Program.

§ 115.2 Savings clause.

Transactions affected by this part 115 are governed by the regulations in effect at the time they occur.

Subpart A—Provisions for All Surety Bond Guarantees

§ 115.10 Definitions.

AA/SG means SBA's Associate Administrator for Surety Guarantees.

Affiliate is defined in part 121 of this chapter.

Ancillary Bond means a bond incidental and essential to the performance of a Contract for which there is a guaranteed Final Bond.

Bid Bond means a bond conditioned upon the bidder on a Contract entering into the Contract, and furnishing the required Payment and Performance Bonds. The term does not include a forfeiture bond unless it is issued for a jurisdiction where statute or settled decisional law requires forfeiture bonds for public works.

Contract means a written obligation of the Principal requiring the furnishing of services, supplies, labor, materials, machinery, equipment, or construction. A Contract must not prohibit a Surety from performing the Contract upon default of the Principal. A Contract does not include a permit, subdivision contract, lease, land contract, evidence of debt, financial guarantee (e.g., a contract requiring any payment by the Principal to the Obligee), warranty of performance or efficiency, warranty of fidelity, or release of lien (other than for claims under a guaranteed bond). It includes a maintenance agreement of 2 years or less which covers defective workmanship or materials only. With SBA's written approval, it can also include a longer maintenance agreement covering defective workmanship or materials, or a maintenance agreement covering something other than defective workmanship or materials. To qualify for such approval, the agreement must be ancillary to the Contract for which SBA is guaranteeing a bond, must be required to be performed by the same Principal, and must be customarily required in the relevant trade or industry.

Execution means signing by a representative or agent of the Surety with the authority and power to bind the Surety.

Final Bond means a Performance Bond and/or a Payment Bond.

Imminent Breach means a threat to the successful completion of a bonded Contract which, unless remedied by the Surety, makes a default under the bond appear to be inevitable.

Investment Act means the Small Business Investment Act of 1958 (15 U.S.C. 661), as amended.

Loss has the meaning set forth in § 115.16.

Obligee means:

(1)(i) In the case of a Bid Bond, the Person requesting bids for the performance of a Contract; or

(ii) In the case of a Final Bond, the Person who has contracted with a Principal for the completion of the Contract and to whom the primary obligation of the Surety runs in the event of a breach by the Principal.

(2) In either case, no Person (other than a Federal department or agency) may be named co-Obligee or Obligee on a bond or on a rider to the bond unless that Person is bound by the Contract to the Principal (or to the Surety, if the Surety has arranged completion of the Contract) to the same extent as the original Obligee. In no event may the addition of one or more co-Obligees increase the aggregate liability of the Surety under the bond.

OSG means SBA's Office of Surety Guarantees.

Payment Bond means a bond which is conditioned upon the payment by the Principal of money to persons who have a right of action against such bond, including those who have furnished labor, materials, equipment and supplies for use in the performance of the Contract. A Payment Bond can not require the Surety to pay an amount which exceeds the claimant's actual loss or damage.

Performance Bond means a bond conditioned upon the completion by the Principal of a Contract in accordance with its terms.

Person means a natural person or a legal entity.

Premium means the amount charged by a Surety to issue bonds. The Premium is determined by applying an approved rate (see §§ 115.32(a) and 115.60(a)(2)) to the bond or contract amount. The Premium does not include surcharges for extra services, whether or not considered part of the "premium" under local law.

Principal means, in the case of a Bid Bond, the Person bidding for the award of a Contract. In the case of Final Bonds and Ancillary Bonds, Principal means the Person primarily liable to complete the Contract, or to make Contract-related payments to other persons, and is the Person whose performance or payment is bonded by the Surety. A Principal may be a prime contractor or a subcontractor.

Prior Approval Agreement means the Surety Bond Guarantee Agreement (SBA Form 990) entered into between a Prior Approval Surety and SBA under which SBA agrees to guarantee a specific bond.

Prior Approval Surety means a Surety which must obtain SBA's prior approval on each guarantee and which has entered into one or more Prior Approval Agreements with SBA.

PSB Agreement means the Preferred Surety Bond Guarantee Agreement entered into between a PSB Surety and SBA.

PSB Surety means a Surety that has been admitted to the Preferred Surety Bond (PSB) Program.

Surety means a company which:

(1)(i) Under the terms of a Bid Bond, agrees to pay a sum of money to the Obligee if the Principal breaches the conditions of the bond;

(ii) Under the terms of a Performance Bond, agrees to pay a sum of money or to incur the cost of fulfilling the terms of a Contract if the Principal breaches the conditions of the Contract; and

(iii) Under the terms of a Payment or an Ancillary Bond, agrees to make payment to all who have a right of action against such bond, including those who have furnished labor, materials, equipment and supplies in the performance of the Contract.

(2) The term Surety includes an agent, independent agent, underwriter, or any other company or individual empowered to act on behalf of the Surety.

§ 115.11 Applying to participate in the Surety Bond Guarantee Program.

Sureties interested in participating as Prior Approval Sureties or PSB Sureties should apply in writing to the AA/SG at 409 3rd Street, SW., Washington, DC 20416. OSG will determine the eligibility of the applicant considering its standards and procedures for underwriting, administration, claims and recovery. Each applicant must be a corporation listed by the U.S. Treasury as eligible to issue bonds in connection with Federal procurement contracts.

§ 115.12 General program policies and provisions.

(a) *Description of Surety Bond Guarantee Programs.* SBA guarantees Sureties participating in the Surety Bond Guarantee Programs against a portion of their Losses incurred and paid as a result of a Principal's breach of the terms of a Bid Bond, Final Bond or Ancillary Bond, on any eligible Contract. In the Prior Approval Program, the Surety must obtain SBA's approval before a guaranteed bond can be issued. In the PSB Program, selected Sureties may issue, monitor, and service SBA guaranteed bonds without further SBA approval.

(b) *Eligibility of bonds.* Bid Bonds and Final Bonds are eligible for an SBA guarantee if they are executed in connection with an eligible Contract and are of a type listed in the "Contract Bonds" section of the current Manual of Rules, Procedures and Classifications of the Surety Association of America (100 Wood Avenue South, Iselin, New Jersey 08830). Ancillary Bonds may also be eligible for SBA's guarantee. A Performance Bond must not prohibit a Surety from performing the Contract upon default of the Principal.

(c) *Expiration of Bid Bond Guarantee.* A Bid Bond guarantee expires 120 days after Execution of the Bid Bond, unless the Surety notifies SBA in writing before the 120th day that a later expiration date is required. The notification must include the new expiration date.

(d) *Guarantee agreement.* The terms and conditions of SBA's bond guarantee agreements, including the guarantee percentage, may vary from Surety to Surety, depending on past experience with SBA. If the guarantee percentage is not fixed by the Investment Act, it is determined by OSG after considering, among other things, the rating or ranking assigned to the Surety by recognized authority, and the Surety's Loss rate, average Contract amount, average bond penalty per guaranteed bond, and ratio of Bid Bonds to Final Bonds, all in comparison with other Sureties participating in the same SBA Surety Bond Guarantee Program (Prior Approval or PSB) to a comparable degree. Any guarantee agreement under this part is made exclusively for the benefit of SBA and the Surety, and does not confer any rights (such as a right of action against SBA) or benefits on any other party.

(e) *Amount of Contract.*—(1) *Statutory ceiling.* The amount of the Contract to be bonded must not exceed $1,250,000 in face value at the time of the bond's Execution.

(2) *Aggregation of Contract amounts.* The amounts of two or more Contracts for a "single project" are aggregated to determine the Contract amount unless the Contracts are to be performed in phases and the prior bond is released before the beginning of each succeeding phase. A bond may be considered released even if the warranty period it is covering has not yet expired. For purposes of this paragraph, a "single project" means one represented by two or more Contracts of one Principal or its Affiliates with one Obligee or its Affiliates for performance at the same location, regardless of job title or nature of the work to be performed.

(3) *Service and supply contracts.* A service or supply Contract covering more than a 1 year period is eligible for an SBA guaranteed bond if neither the annual Contract amount nor the penal sum of the bond exceeds $1,250,000 at any time.

(f) *Transfers or sales by Surety.* Sureties must not sell or otherwise transfer their files or accounts, whether before or after a default by the Principal has occurred, without the prior written approval of SBA. A violation of this provision is grounds for termination from participation in the program. This provision does not apply to the sale of an entire business division, subsidiary or operation of the Surety.

§ 115.13 Eligibility of Principal.

(a) *General eligibility.* In order to be eligible for a bond guaranteed by SBA, the Principal must comply with the following requirements:

(1) *Size.* Together with its Affiliates, it must qualify as a small business under part 121 of this title.

(2) *Character.* It must possess good character and reputation. A Principal meets this standard if each owner of 20% or more of its equity, and each of its officers, directors, or general partners, possesses good character and reputation. A Person's good character and reputation is presumed absent when:

(i) The Person is under indictment for, or has been convicted of a felony, or a final civil judgment has been entered stating that such Person has committed a breach of trust or has violated a law or regulation protecting the integrity of business transactions or business relationships; or

(ii) A regulatory authority has revoked, canceled, or suspended a license of the Person which is necessary to perform the Contract; or

(iii) The Person has obtained a bond guarantee by fraud or material misrepresentation (as described in § 115.19(b)), or has failed to keep the Surety informed of unbonded contracts or of a contract bonded by another Surety, as required by a bonding line commitment under § 115.33.

(3) *Need for bond.* It must certify that ...nd is expressly required by the bid ...itation or the original Contract in ...der to bid on the Contract or to serve as a prime contractor or subcontractor.

(4) *Availability of bond.* It must certify that a bond is not obtainable on reasonable terms and conditions without SBA's guarantee.

(5) *Partial subcontract.* It must certify the percentage of work under the Contract to be subcontracted. SBA will not guarantee bonds for Principals who are primarily brokers or who have effectively transferred control over the project to one or more subcontractors.

(6) *Debarment.* It must certify that the Principal is not presently debarred, suspended, proposed for debarment, declared ineligible, or voluntarily excluded from transactions with any Federal department or agency, under governmentwide debarment and suspension rules.

(b) *Conflict of interest.* A Principal is not eligible for an SBA-guaranteed bond issued by a particular Surety if that Surety, or an Affiliate of that Surety, or a close relative or member of the household of that Surety or Affiliate owns, directly or indirectly, 10% or more of the Principal. This prohibition applies to ownership interests in of the Principal's Affiliates.

§ 115.14 Loss of Principal's eligibility for future assistance.

(a) *Ineligibility.* A Principal and its Affiliates lose eligibility for further SBA bond guarantees if any of the following occurs under an SBA-guaranteed bond issued on behalf of the Principal:

(1) Legal action under the guaranteed bond has been initiated.

(2) The Obligee has declared the Principal to be in default under the Contract.

(3) The Surety has established a claim reserve for the bond of at least $1000.

(4) The Surety has requested reimbursement for Losses incurred under the bond.

(5) The guarantee fee has not been paid by the Principal.

(6) The Principal committed fraud or material misrepresentation in obtaining the guaranteed bond.

(b) *Reinstatement of Principal's eligibility.* Prior Approval Sureties should refer to § 115.36(b) for provisions on reinstatement of the Principal's eligibility. A PSB Surety may reinstate a Principal's eligibility upon the Surety's determination that reinstatement is appropriate.

...5.15 Underwriting and servicing ...ards.

...a) *Underwriting.* (1) Sureties must evaluate the credit, capacity, and character of a Principal using standards generally accepted by the surety industry and in accordance with SBA's Standard Operating Procedures on underwriting and the Surety's principles and practices on unguaranteed bonds. The Principal must satisfy the eligibility requirements set forth in § 115.13. The Surety must reasonably expect that the Principal will successfully perform the Contract to be bonded.

(2) The terms and conditions of the bond and the Contract must be reasonable in light of the risks involved and the extent of the Surety's participation. The bond must satisfy the eligibility requirements set forth in § 115.12(b). The Surety must be satisfied as to the reasonableness of cost and the feasibility of successful completion of the Contract.

(b) *Servicing.* The Surety must ensure that the Principal remains viable and eligible for SBA's Surety Bond Guarantee Program, must monitor the Principal's progress on bonded Contracts guaranteed by SBA, and must request job status reports from Obligees of Final Bonds guaranteed by SBA. Documentation of the job status requests must be maintained by the Surety.

§ 115.16 Determination of Surety's Loss.

Loss is determined as follows:

(a) *Loss under a Bid Bond* is the lesser of the penal sum or the amount which is the difference between the bonded bid and the next higher responsive bid. In either case, the Loss is reduced by any amounts the Surety recovers by reason of the Principal's defenses against the Obligee s demand for performance by the Principal and any sums the Surety recovers from indemnitors and other salvage.

(b) *Loss under a Payment Bond* is, at the Surety's option, the sum necessary to pay all just and timely claims against the Principal for the value of labor, materials, equipment and supplies furnished for use in the performance of the bonded Contract and other covered debts, or the penal sum of the Payment Bond. In either case, the Loss includes interest (if any), but Loss is reduced by any amounts recovered (through offset or otherwise) by reason of the Principal's claims against laborers, materialmen, subcontractors, suppliers, or other rightful claimants, and by any amounts recovered from indemnitors and other salvage.

(c) *Loss under a Performance Bond* is, at the Surety's option, the sum necessary to meet the cost of fulfilling the terms of a bonded Contract or the penal sum of the bond. In either case, the Loss includes interest (if any), but Loss is reduced by any amounts recovered (through offset or otherwise) by reason of the Principal's defenses or causes of action against the Obligee, and by any amounts recovered from indemnitors and other salvage.

(d) *Loss under an Ancillary Bond* is the amount covered by such bond which is attributable to the Contract for which guaranteed Final Bonds were Executed.

(e) *Loss includes* the following expenses if they are itemized, documented and attributable solely to the Loss under the guaranteed bond:

(1) Amounts actually paid by the Surety which are specifically allocable to the investigation, adjustment, negotiation, compromise, settlement of, or resistance to a claim for Loss resulting from the breach of the terms of the bonded Contract. Any cost allocation method must be reasonable and must comply with generally accepted accounting principles; and

(2) Amounts actually paid by the Surety for court costs and reasonable attorney's fees incurred to mitigate any Loss under paragraphs (a) through (e)(1) of this section including suits to obtain sums due from Obligees, indemnitors, Principals and others.

(f) *Loss does not include* the following expenses:

(1) Any unallocated expenses, or any clear mark-up on expenses or any overhead, of the Surety, its attorney, or any other party hired by the Surety or the attorney;

(2) Expenses paid for any suits, cross-claims, or counterclaims filed against the United States of America or any of its agencies, officers, or employees unless the Surety has received, prior to filing such suit or claim, written concurrence from SBA that the suit may be filed;

(3) Attorney's fees and court costs incurred by the Surety in a suit by or against SBA or its Administrator; and

(4) Fees, costs, or other payments, including tort damages, arising from a successful tort suit or claim by a Principal or any other Person against the Surety.

§ 115.17 Minimization of Surety's Loss.

(a) *Indemnity agreements and collateral.*—(1) *Requirements.* The Surety must take all reasonable action to minimize risk of Loss including, but not limited to, obtaining from each Principal a written indemnity agreement which covers actual Losses under the Contract and Imminent Breach payments under § 115.34(a) or § 115.69. The indemnity agreement must be secured by such collateral as the Surety or SBA finds appropriate. Indemnity

agreements from other Persons, secured or unsecured, may also be required by the Surety or SBA.

(2) *Prohibitions.* No indemnity agreement may be obtained from the Surety, its agent or any other representative of the Surety. The Surety must not separately collateralize the portion of its bond which is not guaranteed by SBA.

(b) *Salvage and recovery.*—(1) *General.* The Surety must pursue all possible sources of salvage and recovery. Salvage and recovery includes all payments made in settlement of the Surety's claim, even though the Surety has incurred other losses as a result of that Principal which are not reimbursable by SBA.

(2) *SBA's share.* SBA is entitled to its guaranteed percentage of all salvage and recovery from a defaulted Principal, its guarantors and indemnitors, and any other party, received by the Surety in connection with the guaranteed bond or any other bond issued by the Surety on behalf of the Principal unless such recovery is unquestionably identifiable as related solely to the non-guaranteed bond. The Surety must reimburse or credit SBA (in the same proportion as SBA's share of Loss) within 90 days of receipt of any recovery by the Surety.

(3) *Multiple Sureties.* In any dispute between two or more Sureties concerning recovery under SBA guaranteed bonds, the dispute must first be brought to the attention of OSG for an attempt at mediation and settlement.

§ 115.18 Refusal to issue further guarantees; suspension and termination of PSB status.

(a) *Improper surety bond guarantee practices.*—(1) *Imprudent practices.* SBA may refuse to issue further guarantees to a Prior Approval Surety or may suspend the preferred status of a PSB Surety, by written notice stating all reasons for such decision and the effective date. Reasons for such a decision include, but are not limited to, a determination that the Surety (in its underwriting, its efforts to minimize Loss, its claims or recovery practices, or its documentation related to SBA guaranteed bonds) has failed to adhere to prudent standards or practices, including any standards or practices required by SBA, as compared to those of other Sureties participating in the same SBA Surety Bond Guarantee Program to a comparable degree.

(2) *Regulatory violations, fraud.* Acts of wrongdoing such as fraud, material misrepresentation, breach of the Prior Approval or PSB Agreement, or regulatory violations (as defined in §§ 115.19(d) and 115.19(h)) also constitute sufficient grounds for refusal to issue further guarantees, or in the case of a PSB Surety, termination of preferred status.

(3) *Audit; records.* The failure of a Surety to consent to SBA's audit or to maintain and produce records constitutes grounds for SBA to refuse to issue further guarantees for a Prior Approval Surety, to suspend a PSB Surety from participation, and to refuse to honor claims submitted by a Prior Approval or PSB Surety until the Surety consents to the audit.

(4) *Excessive Losses.* If a Surety experiences excessive Losses on SBA guaranteed bonds relative to those of other Sureties participating in the same SBA Surety Bond Guarantee Program to a comparable degree, SBA may also require the renegotiation of the guarantee percentage and/or SBA's charge to the Surety for bonds executed thereafter.

(b) *Lack of business integrity.* A Surety's participation in the Surety Bond Guarantee Programs may be denied, suspended, or terminated upon the occurrence of any event in paragraphs (b) (1) through (5) of this section involving any of the following Persons: The Surety or any of its officers, directors, partners, or other individuals holding at least 20% of the Surety's voting securities, and any agents, underwriters, or any individual empowered to act on behalf of any of the preceding Persons.

(1) If a State or other authority has revoked, canceled, or suspended the license required of such Person to engage in the surety business, the right of such Person to participate in the SBA Surety Bond Guarantee Program may be denied, terminated, or suspended, as applicable, in that jurisdiction or in other jurisdictions. Ineligibility or suspension from the Surety Bond Guarantee Programs is for at least the duration of the license suspension.

(2) If such Person has been indicted or otherwise formally charged with a misdemeanor or felony bearing on such Person's fitness to participate in the Surety Bond Guarantee Programs, the participation of such Person may be suspended pending disposition of the charge. Upon conviction, participation may be denied or terminated.

(3) If a final civil judgment is entered holding that such Person has committed a breach of trust or violation of a law or regulation protecting the integrity of business transactions or relationships, participation may be denied or terminated.

(4) If such Person has made a material misrepresentation or willfully false statement in the presentation of oral or written information to SBA in connection with an application for a surety bond guarantee or the presentation of a claim, or committed a material breach of the Prior Approval or PSB Agreement or a material violation of the regulations (all as described in § 115.19), participation may be denied or terminated.

(5) If such Person is debarred, suspended, voluntarily excluded from, or declared ineligible for participation in Federal programs, participation may be denied or terminated.

(c) *Notification requirement.* The Prior Approval or PSB Surety must promptly notify SBA of the occurrence of any event in paragraphs (b) (1) through (5) of this section, or if any of the Persons described in paragraph (b) of this section does not, or ceases to, qualify as a Surety. SBA may require submission of a Statement of Personal History (SBA Form 912) from any of these Persons.

(d) *SBA proceedings.* Decisions to suspend, terminate, deny participation in, or deny reinstatement in the Surety Bond Guarantee program are made by the AA/SG. A Surety may file a petition for review of suspensions and terminations with the SBA Office of Hearings and Appeals (OHA) under part 134 of this chapter. SBA's Administrator may, pending a decision pursuant to Part 134 of this chapter, suspend the participation of any Surety for any of the causes listed in paragraphs (b) (1) through (5) of this section.

(e) *Effect on guarantee.* A guarantee issued by SBA before a suspension or termination under this section remains in effect, subject to SBA's right to deny liability under the guarantee.

§ 115.19 Denial of liability.

In addition to equitable and legal defenses and remedies under contract law, the Act and the regulations in this part, SBA is not liable under a Prior Approval or PSB Agreement if any of the circumstances in paragraphs (a) through (h) of this section exist.

(a) *Excess Contract or bond amount.* The total Contract amount at the time of Execution of the bond exceeds $1,250,000 in face value (see § 115.12(e)), or the bond amount at any time exceeds the total Contract amount.

(b) *Misrepresentation or fraud.* The Surety obtained the Prior Approval or PSB Agreement, or applied for reimbursement for losses, by fraud or material misrepresentation. Material misrepresentation includes (but is not limited to) both the making of an untrue statement of material fact and the omission of a statement of material fact necessary to make a statement not

misleading in light of the circumstances in which it was made. Material misrepresentation also includes the adoption by the Surety of a material misstatement made by others which the Surety knew or under generally accepted underwriting standards should have known to be false or misleading. The Surety's failure to disclose its ownership (or the ownership by any owner of at least 20% of the Surety's equity) of an interest in a Principal or an Obligee is considered the omission of a statement of material fact.

(c) *Material breach.* The Surety has committed a material breach of one or more terms or conditions of its Prior Approval or PSB Agreement. A material breach is considered to have occurred if:

(1) Such breach (or such breaches in the aggregate) causes an increase in the Contract amount or in the bond amount of at least 25% or $50,000; or

(2) One of the conditions under Part B of Title IV of the Investment Act is not met.

(d) *Substantial regulatory violation.* The Surety has committed a "substantial violation" of SBA regulations. For purposes of this paragraph, a "substantial violation" is a violation which causes an increase in the bond amount of at least 25% or $0,000 in the aggregate, or is contrary to the purposes of the Surety Bond Guarantee Programs.

(e) *Alteration.* Without obtaining prior written approval from SBA (which may be conditioned upon payment of additional fees), the Surety agrees to or acquiesces in any material alteration in the terms, conditions, or provisions of the bond, including but not limited to the following acts:

(1) Naming as an Obligee or co-Obligee any Person that does not qualify as an Obligee under § 115.10; or

(2) In the case of a Prior Approval Surety, acquiescing in any alteration to the bond which would increase the bond amount by at least 25% or $50,000.

(f) *Timeliness.* (1) Either:

(i) The bond was Executed prior to the date of SBA's guarantee; or

(ii) The bond was Executed (or approved, if the Surety is legally bound by such approval) after the work under the Contract had begun, unless SBA executes a "Surety Bond Guarantee Agreement Addendum" (SBA Form 991) after receiving all of the following from the Surety:

(A) Satisfactory evidence, including a certified copy of the Contract (or a sworn affidavit from the Principal), showing that the bond requirement was contained in the original Contract, or other documentation satisfactory to SBA, showing why a bond was not previously obtained and is now being required;

(B) Certification by the Principal that all taxes and labor costs are current, and listing all suppliers and subcontractors, indicating that they are all paid to date, and attaching a waiver of lien from each; or an explanation satisfactory to SBA why such documentation cannot be produced; and

(C) Certification by the Obligee that all payments due under the Contract to date have been made and that the job has been satisfactorily completed to date.

(2)(i) For purposes of paragraph (f)(1)(ii) of this section, work under a Contract is considered to have begun when a Principal takes any action at the job site which would have exposed its Surety to liability under applicable law had a bond been Executed (or approved, if the Surety is legally bound by such approval) at the time.

(ii) For purposes of this paragraph (f), the Surety must maintain a contemporaneous record of the Execution and approval of each bond.

(g) *Principal fee.* The Surety has not remitted to SBA the Principal's payment for the full amount of the guarantee fee within the time period required under § 115.30(d) for Prior Approval Sureties or § 115.66 for PSB Sureties. SBA may reinstate the guarantee upon a showing that the Contract is not in default and that a valid reason exists why a timely submission was not made.

(h) *Other regulatory violations.* The occurrence of any of the following:

(1) The Principal on the bonded Contract is not a small business;

(2) The bond was not required under the bid solicitation or the original Contract;

(3) The bond was not eligible for guarantee by SBA because the bonded contract was not a Contract as defined in § 115.10;

(4) The loss occurred under a bond that was not guaranteed by SBA;

(5) The loss incurred by the Surety was not a Loss as determined under § 115.16; or

(6) The Surety's loss under a Performance Bond did not result from the Principal's breach or imminent Breach of the Contract.

§ 115.20 Insolvency of Surety.

(a) *Successor in interest.* If a Surety becomes insolvent, all rights or benefits conferred on the Surety under a valid and binding Prior Approval or PSB Agreement will accrue only to the trustee or receiver of the Surety. SBA will not be liable to the trustee or receiver of the insolvent Surety except for the guaranteed portion of any Loss incurred and actually paid by such Surety or its trustee or receiver under the guaranteed bonds.

(b) *Filing requirement.* The trustee or receiver must submit to SBA quarterly status reports accounting for all funds received and all settlements being considered.

§ 115.21 Audits and investigations.

(a) *Audits.*—(1) *Scope of audit.* SBA may audit in the office of a Prior Approval or PSB Surety, the Surety's attorneys or consultants, or the Principal or its subcontractors, all documents, files, books, records, tapes, disks and other material relevant to SBA's guarantee, commitments to guarantee a surety bond, or agreements to indemnify the Prior Approval or PSB Surety. See § 115.18(a)(3) for consequences of failure to comply with this section.

(2) *Frequency of PSB audits.* Each PSB Surety is subject to audit at least once each year by examiners selected and approved by SBA.

(b) *Records.* The Surety must maintain the records listed in this paragraph (b) for the term of each bond, plus any additional time required to settle any claims of the Surety for reimbursement from SBA and to attempt salvage or other recovery, plus an additional 3 years. If there are any unresolved audit findings in relation to a particular bond, the Surety must maintain the related records until the findings are resolved. The records to be maintained include the following:

(1) A copy of the bond;

(2) A copy of the bonded Contract;

(3) All documentation submitted by the Principal in applying for the bond;

(4) All information gathered by the Surety in reviewing the Principal's application;

(5) All documentation of any of the events set forth in § 115.35(a) or § 115.65(c)(2);

(6) All records of any transaction for which the Surety makes payment under or in connection with the bond, including but not limited to claims, bills (including lawyers' and consultants' bills), judgments, settlement agreements and court or arbitration decisions, consultants' reports, Contracts and receipts;

(7) All documentation relating to efforts to mitigate Losses, including documentation required by § 115.34(a) or § 115.69 concerning Imminent Breach;

(8) All records of any accounts into which fees and funds obtained in mitigation of Losses were paid and from which payments were made under the

bond, and any other trust accounts, and any reconciliations of such accounts;

(9) Job status reports received from Obligees and documentation of each unanswered request for a job status report; and

(10) All documentation relating to any collateral held by or available to the Surety.

(c) *Purpose of audit.* SBA's audit will determine, but not be limited to:

(1) The adequacy and sufficiency of the Surety's underwriting and credit analysis, its documentation of claims and claims settlement procedures and activities, and its recovery procedures and practices;

(2) The Surety's minimization of Loss, including the exercise of bond options upon Contract default; and

(3) The Surety's loss ratio in comparison with other Sureties participating in the same SBA Surety Bond Guarantee Program to a comparable degree.

(d) *Investigations.* SBA may conduct investigations to inquire into the possible violation by any Person of the Small Business Act or the Investment Act, or of any rule or regulation under those Acts, or of any order issued under those Acts, or of any Federal law relating to programs and operations of SBA.

Subpart B—Guarantees Subject to Prior Approval

§ 115.30 Submission of Surety's guarantee application.

(a) *Legal effect of application.* By submitting an application to SBA for a bond guarantee, the Prior Approval Surety certifies that the Principal meets the eligibility requirements set forth in § 115.13 and that the underwriting standards set forth in § 115.15 have been met.

(b) *SBA's determination.* SBA's approval or decline of a guarantee application is made in writing by an authorized SBA officer. The officer may provide telephone notice before the Prior Approval Surety receives SBA's guarantee approval form if the officer has already signed the form. In the event of a conflict between the telephone notice and the written form, the written form controls.

(c) *Reconsideration-appeal of SBA determination.* A Prior Approval Surety may request reconsideration of a decline from the SBA officer who made the decision. If the decision on reconsideration is negative, the Surety may appeal to an individual designated by the AA/SG. If the decision is again adverse, the Surety may appeal to the AA/SG, who will make the final decision.

(d) *Notice and payment to SBA.* When the Surety has Executed a Final Bond, including a Final Bond under a bonding line, the Surety must complete the Prior Approval Agreement, and submit the form, together with the Principal's payment for its guarantee fee (see § 115.32(b)) to SBA within 45 days, or in the case of a bonding line, within 15 business days (see § 115.33(d)(2)) after Execution of the bond.

§ 115.31 Guarantee percentage.

(a) *Ninety percent.* SBA reimburses a Prior Approval Surety for 90% of the Loss incurred and paid if:

(1) The total amount of the Contract at the time of Execution of the bond is $100,000 or less; or

(2) The bond was issued on behalf of a small business owned and controlled by socially and economically disadvantaged individuals. See part 124 of this chapter for applicable definitions and criteria.

(b) *Eighty percent.* SBA reimburses a Prior Approval Surety in an amount not to exceed 80% of the Loss incurred and paid on bonds for Contracts in excess of $100,000 which are executed on behalf of non-disadvantaged concerns.

(c) *Contract increase to over $100,000.* If the Contract amount increases to more than $100,000 after Execution of the bond, the guarantee percentage decreases by one percentage point for each $5,000 of increase or part thereof, but it does not decrease below 80%. This provision applies only to guarantees which qualify under paragraph (a)(1) of this section.

(d) *Contract increase to over $1,250,000.* If the Contract amount increases above the statutory limit of $1,250,000 after Execution of the bond, SBA's share of the Loss is limited to that percentage of the increased Contract amount which the statutory limit represents, multiplied by the guarantee percentage approved by SBA. For example, if a Contract amount increases to $1,375,000, SBA's share of the Loss under an 80% guarantee is limited to 72.73% [1,250,000 / 1,375,000=90.91%×80%=72.73%].

(e) *Contract decrease to $100,000 or less.* If the Contract amount decreases to $100,000 or less after Execution of the bond, SBA's guarantee percentage increases to 90% if the Surety provides SBA with evidence supporting the decrease and any other information or documents requested.

§ 115.32 Fees and Premiums.

(a) *Surety's Premium.* A Prior Approval Surety must not charge a Principal an amount greater than that authorized by the appropriate insurance department. The Surety must not require the Principal to purchase casualty or other insurance or any other services from the Surety or any Affiliate or agent of the Surety. The Surety must not charge non-Premium fees to a Principal unless the Surety performs other services for the Principal, the additional fee is permitted by State law, and the Principal agrees to the fee.

(b) *SBA charge to Principal.* SBA does not charge Principals application or Bid Bond guarantee fees. If SBA guarantees a Final Bond, the Principal must pay a guarantee fee equal to a certain percentage of the Contract amount. The percentage is determined by SBA and is published in Notices in the **Federal Register** from time to time. The Principal's fee is rounded to the nearest dollar and is to be remitted to SBA by the Surety together with the form required under § 115.30(d). See paragraph (d) of this section for additional requirements when the Contract amount changes.

(c) *SBA charge to Surety.* SBA does not charge Sureties application or Bid Bond guarantee fees. Subject to § 115.18(a)(4), the Surety must pay SBA a guarantee fee on each guaranteed bond (other than a Bid Bond) in the ordinary course of business. The fee is a certain percentage of the bond Premium, determined by SBA and published in Notices in the **Federal Register** from time to time. The fee is rounded to the nearest dollar. SBA does not receive any portion of a Surety's non-Premium charges. See paragraph (d) of this section for additional requirements when the bond amount or the Contract amount changes.

(d) *Contract or bond increases/decreases.*—(1) *Notification and approval.* The Prior Approval Surety must notify SBA of any increases or decreases in the Contract or bond amount that aggregate 25% or $50,000, as soon as the Surety acquires knowledge of the change. Whenever the original bond amount increases as a result of a single change order of at least 25% or $50,000, the prior written approval of such increase by SBA is required on a supplemental Prior Approval Agreement (Supplemental Form 990) and is conditioned upon payment by the Surety of the increase in the Principal's guarantee fee as set forth in paragraph (d)(2) of this section.

(2) *Increases; fees.* Notification of increases in the Contract or bond amount under this paragraph (d) must be accompanied by payment of the increase in the Principal's guarantee fee computed on the increase in the Contract amount. If the increase in the Principal's fee is less than $40, such

increase is not due until all unpaid increases in the Principal's fee aggregate at least $40. The Surety's check for payment of the increase in the Surety's guarantee fee, computed on the increase in the bond Premium, may be submitted in the ordinary course of business. Increases in the Surety's fee are not due until they aggregate at least $40.

(3) *Decreases; refunds.* Whenever SBA is notified of a decrease in the Contract or bond amount, SBA will refund to the Principal a proportionate amount of the Principal's guarantee fee and rebate to the Surety a proportionate amount of SBA's Premium share in the ordinary course of business. If the amount to be refunded or rebated is less than $40, such refund or rebate will not be made until the amounts to be refunded or rebated, respectively, aggregate at least $40. Upon receipt of the refund, the Surety must promptly pay a proportionate amount of its Premium to the Principal.

§ 115.33 Surety bonding line.

A surety bonding line is a written commitment by SBA to a Prior Approval Surety which provides for the Surety's Execution of multiple bonds for a specified small business strictly within pre-approved terms, conditions and limitations. In applying for a bonding ne, the Surety must provide SBA with nformation on the applicant as requested. In addition to the other limitations and provisions set forth in this part 115, the following conditions apply to each surety bonding line:

(a) *Underwriting.* A bonding line may be issued by SBA for a Principal only if the underwriting evaluation is satisfactory. The Prior Approval Surety must require the Principal to keep it informed of all its contracts, whether bonded by the same or another surety or unbonded, during the term of the bonding line.

(b) *Bonding line conditions.* The bonding line contains limitations on the following:

(1) The term of the bonding line, not to exceed 1 year subject to renewal in writing;

(2) The total dollar amount of the Principal's bonded and unbonded work on hand at any time, including outstanding bids, during the term of the bonding line;

(3) The number of such bonded and unbonded contracts outstanding at any time during the term of the bonding line;

(4) The maximum dollar amount of any single guaranteed bonded Contract;

(5) The timing of Execution of bonds der the bonding line—bonds must be ed and Executed before the work on the underlying Contract has begun, or the Surety must submit to SBA the documentation required under § 115.19(f)(1)(ii); and

(6) Any other limitation related to type, specialty of work, geographical area, or credit.

(c) *Excess bonding.* If, after a bonding line is issued, the Principal desires a bond and the Surety desires a guarantee exceeding a limitation of the bonding line, the Surety must submit an application to SBA under regular procedures.

(d) *Submission of forms to SBA.*—(1) *Bid Bonds.* Within 15 business days after the Execution of any Bid Bonds under a bonding line, the Surety must submit a "Surety Bond Guarantee Underwriting Review" (SBA Form 994B) to SBA for approval. If that form is already on file with SBA and no new financial statements are required or have been received from the Principal, a "Surety Bond Guarantee Review Update" (SBA Form 994C) may be submitted instead. If the Surety fails to submit either form within this time period, SBA's guarantee of the bond will be void from its inception unless SBA determines otherwise upon a showing that a valid reason exists why the timely submission was not made.

(2) *Final Bonds.* Within 15 business days after the Execution of any Final Bonds under a bonding line, the Surety must submit a signed Prior Approval Agreement and a "Surety Bond Guarantee Underwriting Review" (SBA Form 994B) to SBA for approval. If that form is already on file with SBA and no new financial statements are required or have been received from the Principal, a "Surety Bond Guarantee Review Update" (SBA Form 994C) may be submitted instead. If the Surety fails to submit these forms together with the Principal's payment for its guarantee fee within this time period, SBA's guarantee of the bond will be void from its inception unless SBA determines otherwise upon a showing that the Contract is not in default and a valid reason exists why the timely submission was not made.

(3) *Additional information.* The Surety must submit any other data SBA requests.

(e) *Cancellation of bonding line.*—(1) *Optional cancellation.* Either SBA or the Surety may cancel a bonding line at any time, with or without cause, upon written notice to the other party. Upon the receipt of any adverse information concerning the Principal, the Surety must promptly notify SBA, and SBA may cancel the bonding line.

(2) *Mandatory cancellation.* Upon the occurrence of a default by the Principal, whether under a contract bonded by the same or another surety or an unbonded contract, the Surety must immediately cancel the bonding line.

(3) *Effect of cancellation.* Cancellation of a bonding line by SBA is effective upon receipt of written notice by the Surety. Bonds issued before the effective date of cancellation remain guaranteed by SBA. Upon cancellation by SBA or the Surety, the Surety must promptly notify the Principal in writing.

§ 115.34 Minimization of Surety's Loss.

(a) *Imminent Breach.*—(1) *Prior approval requirement.* SBA will reimburse its guaranteed share of payments made by a Surety to avoid or attempt to avoid an Imminent Breach of the terms of a Contract covered by an SBA guaranteed bond only if the payments were made with the prior approval of OSG. OSG's prior approval will be given only if the Surety demonstrates to SBA's satisfaction that a breach is imminent and that there is no other recourse to prevent such breach.

(2) *Amount of reimbursement.* The aggregate of the payments by SBA to avoid Imminent Breach cannot exceed 10% of the Contract amount, unless the Administrator finds that a greater payment (not to exceed the guaranteed share of the bond penalty) is necessary and reasonable. In no event will SBA make any duplicate payment pursuant to this or any other provision of this part 115.

(3) *Recordkeeping requirement.* The Surety must keep records of payments made to avoid Imminent Breach.

(b) *Salvage and recovery.* A Prior Approval Surety must pursue all possible sources of salvage and recovery until SBA concurs with the Surety's recommendation for a discontinuance or for a settlement. The Surety must certify that continued pursuit of salvage and recovery would be neither economically feasible nor a viable strategy in maximizing recovery. See also § 115.17(b).

§ 115.35 Claims for reimbursement of Losses.

(a) *Notification requirements.*—(1) *Events requiring notification.* A Prior Approval Surety must notify OSG of the occurrence of any of the following:

(i) Legal action under the bond has been initiated.

(ii) The Obligee has declared the Principal to be in default under the Contract.

(iii) The Surety has established a claim reserve for the bond.

(iv) The Surety has received any adverse information concerning the

Principal's financial condition or possible inability to complete the project or to pay laborers or suppliers.

(2) *Timing of notification.* Notification must be made in writing at the earlier of the time the Surety applies for a guarantee on behalf of an affected Principal, or within 30 days of the date the Surety acquires knowledge, or should have acquired knowledge, of any of the listed events.

(b) *Surety action.* The Surety must take all necessary steps to mitigate Losses resulting from any of the events in paragraph (a) of this section, including the disposal at fair market value of any collateral held by or available to the Surety. Unless SBA notifies the Surety otherwise, the Surety must take charge of all claims or suits arising from a defaulted bond, and compromise, settle and defend such suits. The Surety must handle and process all claims under the bond and all settlements and recoveries as it does on non-guaranteed bonds.

(c) *Claim reimbursement requests.* (1) Claims for reimbursement for Losses which the Surety has paid must be submitted (together with a copy of the bond, the bonded Contract, and any indemnity agreements) with the initial claim to OSG on a "Default Report, Claim for Reimbursement and Record of Administrative Action" (SBA Form 994H), within 1 year from the time of each disbursement. Claims submitted after 1 year must be accompanied by substantiation satisfactory to SBA. The date of the claim for reimbursement is the date of receipt of the claim by SBA, or such later date as additional information requested by SBA is received.

(2) The Surety must also submit evidence of the disposal of all collateral at fair market value.

(3) SBA may request additional information prior to reimbursing the Surety for its Loss.

(4) Subject to the offset provisions of part 140, SBA pays its share of the Loss incurred and paid by the Surety within 90 days of receipt of the requisite information.

(5) Claims for reimbursement and any additional information submitted are subject to review and audit by SBA, including but not limited to the Surety's compliance with SBA's regulations and forms.

(d) *Status updates.* The Surety must submit semiannual status reports on each claim 6 months after the initial default notice, and then every 6 months. The Surety must notify SBA immediately of any substantial changes in the status of the claim or the amounts of Loss reserves.

(e) *Reservation of SBA rights.* The payment by SBA of a Surety's claim does not waive or invalidate any of the terms of the Prior Approval Agreement, the regulations set forth in this part 115, or any defense SBA may have against the Surety. Within 30 days of receipt of notification that a claim or any portion of a claim should not have been paid by SBA, the Surety must repay the specified amounts to SBA.

§ 115.36 Indemnity settlements and reinstatement of Principal.

(a) *Indemnity settlements.* (1) An indemnity settlement occurs when a defaulted Principal and its Surety agree upon an amount, less than the actual loss under the bond, which will satisfy the Principal's indebtedness to the Surety. Sureties must not agree to any indemnity settlement proposal or enter into any such agreement without SBA's concurrence.

(2) Any settlement proposal submitted for SBA's consideration must include current financial information, including financial statements, tax returns, and credit reports, together with the Surety's written recommendations. It should also indicate whether the Principal is interested in further bonding.

(3) The Surety must pay SBA its *pro rata* share of the settlement amount within 90 days of receipt. Prior to closing the file on a Principal, the Surety must certify that SBA has received its *pro rata* share of all indemnity recovery.

(b) *Conditions for reinstatement.* At any time after a Principal becomes ineligible for further bond guarantees under § 115.14(a), the Surety may recommend that such Principal's eligibility be reinstated. OSG may agree to reinstate the Principal and its Affiliates if:

(1) The Principal's guarantee fee has been paid to SBA and SBA receives evidence that the Principal has paid all delinquent amounts due to the Surety (including amounts for Imminent Breach); or

(2) The Surety has settled its claim with the Principal for an amount and on terms accepted by OSG; or

(3) The Principal contests a claim and provides collateral, acceptable to the Surety and OSG, which has a liquidation value of at least the amount of the claim including related expenses; or

(4) The Principal's indebtedness to the Surety is discharged by operation of law (e.g., bankruptcy discharge); or

(5) OSG and the Surety determine that further bond guarantees are appropriate.

(c) *Underwriting after reinstatement.* A guarantee application submitted after reinstatement of the Principal's eligibility is subject to a very stringent underwriting review.

Subpart C—Preferred Surety Bond (PSB) Guarantees

§ 115.60 Selection and admission of PSB sureties.

(a) *Selection of PSB Sureties.* SBA's selection of PSB Sureties will be guided by, but not limited to, these factors:

(1) An underwriting limitation of at least $1,250,000 on the U.S. Treasury Department list of acceptable sureties;

(2) An agreement to charge Principals no more than the Surety Association of America's advisory premium rates in effect on August 1, 1987;

(3) Premium income from contract bonds guaranteed by any government agency (Federal, State or local) of no more than one-quarter of the total contract bond premium income of the Surety;

(4) The vesting of underwriting authority for SBA guaranteed bonds only in employees of the Surety;

(5) The vesting of final settlement authority for claims and recovery under the PSB program only in employees of the Surety's permanent claims department; and

(6) The rating or ranking designations assigned to the Surety by recognized authority.

(b) *Admission of PSB Sureties.* A Surety admitted to the PSB program must execute a PSB Agreement before approving SBA guaranteed bonds. No SBA guarantee attaches to bonds approved before the AA/SG or designee has countersigned the Agreement.

§ 115.61 Duration of PSB program.

The PSB program terminates on September 30, 1997, unless extended by legislation. SBA guarantees effective under this program on or before September 30, 1997, will remain in effect after such date.

§ 115.62 Prohibition on participation in Prior Approval program.

Neither a PSB Surety nor any of its Affiliates is eligible to submit applications under subpart B of this part.

§ 115.63 Allotment of guarantee authority.

(a) *General.* SBA allots to each PSB Surety a periodic maximum guarantee authority. No SBA guarantee attaches to bonds approved by a PSB Surety if the bonds exceed the allotted authority for the period in which the bonds are approved. No reliance on future authority is permitted. An allotment can be increased only by prior written permission of SBA.

(b) *Execution of Bid Bonds.* When the PSB Surety executes a Bid Bond, SBA debits the Surety's allotment for an amount equal to the guarantee percentage of the estimated penal sum of the Final Bond SBA would guarantee if the Contract were awarded. If the Contract is then awarded for an amount other than the bid amount, or if the bid is withdrawn or the Bid Bond guarantee has expired (see § 115.12(c)), SBA debits or credits the Surety's allotment accordingly.

(c) *Execution of Final Bonds.* If the PSB Surety executes a guaranteed Final Bond, but not the related Bid Bond, SBA debits the Surety's allotment for an amount equal to the guarantee percentage of the penal sum of the Final Bond. SBA will debit the allotment for increases, and credit the allotment for decreases, in the bond amount.

(d) *Release and non-issuance of Final Bonds.* The release of Final Bonds upon completion of the Contract does not restore the corresponding allotment. If, however, a PSB Surety approves a Final Bond but never issues the bond, SBA will credit the Surety's allotment for an amount equal to the guarantee percentage of the penal sum of the bond. In that event, the Surety must notify SBA as soon as possible, but in no event later than 5 business days after the non-issuance has been determined. Until the Surety has so notified SBA, it cannot rely on such credit.

§ 115.64 Timeliness requirement.

There must be no Execution or approval of a bond by a PSB Surety after commencement of work under a Contract unless the Surety obtains written approval from the AA/SG. To apply for such approval, the Surety must submit a completed "Surety Bond Guarantee Agreement Addendum" (SBA Form 991), together with the evidence and certifications described in § 115.19(f)(1)(ii).

§ 115.65 General PSB procedures.

(a) *Retention of information.* A PSB Surety must comply with all applicable SBA regulations and obtain from its applicants all the information and certifications required by SBA. The PSB Surety must document compliance with SBA regulations and retain such certifications in its files, including a contemporaneous record of the date of approval and Execution of each bond. See also § 115.19(f). The certifications and other information must be made available for inspection by SBA or its agents and must be available for submission to SBA in connection with the Surety's claims for reimbursement. The PSB Surety must retain the certifications and other information for the term of the bond, plus such additional time as may be required to settle any claims of the Surety for reimbursement from SBA and to attempt salvage or other recovery, plus an additional 3 years. If there are any unresolved audit findings in relation to a particular bond, the Surety must maintain the related certifications and other information until the findings are resolved.

(b) *Usual staff and procedures.* The approval, Execution and administration by a PSB Surety of SBA guaranteed bonds must be handled in the same manner and with the same staff as the Surety's activity outside the PSB program. The Surety must request job status reports from Obligees in accordance with its own procedures.

(c) *Notification to SBA.* (1) *Approvals.* A PSB Surety must notify SBA by electronic transmission or monthly bordereau, as agreed between the Surety and SBA, of all approved Bid and Final Bonds, and of the Surety's approval of increases and decreases in the Contract or bond amount. The notice must contain the information specified from time to time in agreements between the Surety and SBA. SBA may deny liability with respect to Final Bonds for which SBA has not received timely notice.

(2) *Other events requiring notification.* The PSB Surety must notify SBA within 30 calendar days of the name and address of any Principal against whom legal action on the bond has been instituted; whenever an Obligee has declared a default; whenever the Surety has established or added to a claim reserve; of the recovery of any amounts on the guaranteed bond; and of any decision by the Surety to bond any such Principal again.

§ 115.66 Fees.

The PSB Surety must pay SBA a certain percentage of the Premium it charges on Final Bonds. The PSB Surety must also remit to SBA the Principal's payment for its guarantee fee, equal to a certain percentage of the Contract amount. The fee percentages are determined by SBA and are published in Notices in the **Federal Register** from time to time. Each fee is rounded to the nearest dollar. The Surety must remit SBA's Premium share and the Principal's guarantee fee with the bordereau listing the related Final Bond, as required in the PSB Agreement.

§ 115.67 Changes in Contract or bond amount.

(a) *Increases.* The PSB Surety must process Contract or bond amount increases within its allotment in the same manner as initial guaranteed bond issuances (see § 115.65(c)(1)). The Surety must present checks for additional fees due from the Principal and the Surety on increases aggregating 25% of the contract or bond amount or $50,000, and attach such payments to the respective monthly bordereau. If the additional Principal's fee or Surety's fee is less than $40, such fee is not due until all unpaid increases in such fee aggregate at least $40.

(b) *Decreases.* If the Contract or bond amount is decreased, SBA will refund to the Principal a proportionate amount of the guarantee fee, and adjust SBA's Premium share accordingly in the ordinary course of business. No refund or adjustment will be made until the amounts to be refunded or rebated, respectively, aggregate at least $40.

§ 115.68 Guarantee percentage.

SBA reimburses a PSB Surety in an amount not to exceed 70% of the Loss incurred and paid. Where the Contract amount, after the Execution of the bond, increases beyond the statutory limit of $1,250,000, SBA's share of the Loss is limited to that percentage of the increased Contract amount which the statutory limit represents, multiplied by the guarantee percentage approved by SBA. For an example, see § 115.31(d).

§ 115.69 Imminent Breach.

(a) *No prior approval requirement.* SBA will reimburse a PSB Surety for the guaranteed portion of payments the Surety makes to avoid or attempt to avoid an Imminent Breach of the terms of a Contract covered by an SBA guaranteed bond. The PSB Surety does not need SBA approval to make Imminent Breach payments.

(b) *Amount of reimbursement.* The aggregate of the payments by SBA under this section cannot exceed 10% of the Contract amount, unless the Administrator finds that a greater payment (not to exceed the guaranteed portion of the bond penalty) is necessary and reasonable. In no event will SBA make any duplicate payment under any provision of these regulations in this part.

(c) *Recordkeeping requirement.* The PSB Surety must keep records of payments made to avoid Imminent Breach.

§ 115.70 Claims for reimbursement of Losses.

(a) *How claims are submitted.* A PSB Surety must submit claims for reimbursement on a form approved by SBA no later than 1 year from the date the Surety paid the amount. Loss is determined as of the date of receipt by

SBA of the claim for reimbursement, or as of such later date as additional information requested by SBA is received. Subject to the offset provisions of part 140, SBA pays its share of Loss within 90 days of receipt of the requisite information. Claims for reimbursement and any additional information submitted are subject to review and audit by SBA.

(b) *Surety responsibilities.* The PSB Surety must take all necessary steps to mitigate Losses when legal action against a bond has been instituted, when the Obligee has declared a default, and when the Surety has established a claim reserve. The Surety may dispose of collateral at fair market value only. Unless SBA notifies the Surety otherwise, the Surety must take charge of all claims or suits arising from a defaulted bond, and compromise, settle or defend the suits. The Surety must handle and process all claims under the bond and all settlements and recoveries in the same manner as it does on non-guaranteed bonds.

(c) *Reservation of SBA's rights.* The payment by SBA of a PSB Surety's claim does not waive or invalidate any of the terms of the PSB Agreement, the regulations in this part 115, or any defense SBA may have against the Surety. Within 30 days of receipt of notification that a claim or any portion of a claim should not have been paid by SBA, the Surety must repay the specified amounts to SBA.

§ 115.71 Denial of liability.

In addition to the grounds set forth in § 115.19, SBA may deny liability to a PSB Surety if:

(a) The PSB Surety's guaranteed bond was in an amount which, together with all other guaranteed bonds, exceeded the allotment for the period during which the bond was approved, and no prior SBA approval had been obtained;

(b) The PSB Surety's loss was incurred under a bond which was not listed on the bordereau for the period when it was approved; or

(c) The loss incurred by the PSB Surety is not attributable to the particular Contract for which an SBA guaranteed bond was approved.

Dated: January 22, 1996.

John T. Spotila,

Acting Administrator.

[FR Doc. 96–1347 Filed 1–30–96; 8:45 am]

BILLING CODE 8025–01–P

---

13 CFR Part 121

Small Business Size Standards

AGENCY: Small Business Administration.

ACTION: Final rule.

SUMMARY: In response to President Clinton's government-wide regulatory reform initiative, the Small Business Administration (SBA) has completed a page-by-page, line-by-line review of all of its existing regulations. As a result, SBA is clarifying and streamlining its regulations. This final rule improves the Agency's size program by simplifying and clarifying language in the existing rules, conforming these rules to present SBA policies and practices, and providing some substantive modifications to streamline the delivery of services to the public. The revised regulations will be more understandable and much easier to use, and will reduce the number of sections comprising Part 121 from eighteen to thirteen. The rule improves language, but does not change the existing size standards which apply to particular industries.

EFFECTIVE DATE: This rule is effective on March 1, 1996.

FOR FURTHER INFORMATION CONTACT: John W. Klein, Chief Counsel for Special Programs, Office of General Counsel, at (202) 205–6645.

SUPPLEMENTARY INFORMATION: On November 24, 1995, SBA published a proposed rule in the **Federal Register** (60 FR 57982) to completely revise its regulations governing the size determination program. SBA's intent in finalizing that rule is to streamline the size standards operation by simplifying and clarifying existing regulatory language and by eliminating unnecessary, irrelevant, or obsolete provisions. The final rule amends office titles to reflect a previous reorganization of functions within the structure of SBA. SBA has attempted to rewrite Part 121 in plain English in order to make the regulations more readable and less confusing.

The proposed rule contained eligibility requirements for organizations for the handicapped to receive awards of contracts set aside for small business and procedures for filing protests regarding the status of handicapped organizations (proposed §§ 121.1201–121.1206). Those sections have been removed from this final rule because the authority for such eligibility has expired. As a consequence, §§ 121.1301–121.1305 of the proposed rule have been renumbered as §§ 121.1201–121.1205 in this final rule.

SBA received and considered 25 timely comments in response to the proposed rule. The comments, as well as SBA's response to them, are discussed below. Other than the changes identified below in response to the comments and the elimination of proposed §§ 121.1201–121.1206 (as discussed above), the regulatory text of Part 121 has not been changed from the proposed rule. For a section by section analysis of the revised Part 121 and SBA's rationale for any changes from the pre-existing regulations, see the supplementary information published as part of the proposed rule (60 FR 57982).

Analysis of Comments Received

SBA received and considered eight comments to the proposed text for its affiliation regulation (proposed § 121.103). Six of these comments responded to the proposed exclusion from affiliation coverage afforded certain private investors that are engaged in the business of providing equity and/or debt financing to third parties. In addition to the existing exclusion from affiliation for Small Business Investment Companies (SBICs) and Development Companies, the proposed rule added an exclusion, for purposes of SBIC assistance only, for concerns owned by certain venture capital firms, pension funds, and charitable entities exempt from federal taxation under § 501(c) of the Internal Revenue Code. The proposed rule imposed the same control limitations on these investors as those imposed by SBA on SBICs under 13 CFR Part 107.

While the commenters supported SBA's intent to add an exclusion from affiliation for the listed investors, they thought that the proposal did not go far enough. One commenter agreed with the proposal to include venture capital operating companies (VCOCs) in the list of investors which would not be affiliated with applicant concerns, but felt that limiting the exception to financial investors that technically qualify as VCOCs might not achieve the desired goal. The commenter pointed out that a fund which resembles a VCOC because it has at least 50% of its portfolio in "qualified venture capital investments" and it obtains and exercises certain "management rights" with respect to those investments may nevertheless fail to qualify as a VCOC if its first investment was a passive investment. The commenter suggested that the affiliation exemption should be made available to any investing company that (1) has 50% of its portfolio in "qualified venture capital investments" at the time size is determined, or (2) would qualify as a VCOC but for its first investment.

SBA has considered the suggestion but has decided to limit § 121.103(b)(5)(i) to VCOCs, as proposed. SBA understands that other investors may exist whose investment goals, policies and activities are